

**CONSEJO DIRECTIVO DEL
INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES
(INDOTEL)**

RESOLUCIÓN NÚM. 011-2022

QUE CONOCE LOS RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTOS POR LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO) Y ALTICE DOMINICANA, S.A. (ALTICE), CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO NÚM. 098-2021 QUE IDENTIFICA LOS MERCADOS RELEVANTES DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES Y ESTABLECE LOS MERCADOS RELEVANTES SUJETOS DE REGULACIÓN *EX ANTE* DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES DE LA REPÚBLICA DOMINICANA.

El Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), por órgano de su Consejo Directivo, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, promulgada el 27 de mayo de 1998, reunido válidamente, previa convocatoria, dicta la siguiente **RESOLUCIÓN**:

Con motivo de los recursos de reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO) y ALTICE DOMINICANA, S.A. (ALTICE)** contra la Resolución núm. 098-2021, que identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana.

Para una comprensión más clara del presente acto administrativo, se ha organizado su contenido de la manera siguiente:

INDICE TEMATICO

I. Antecedentes.....	2
II. Objeto	10
III. Consideraciones de Derecho	10
III.I. Competencia del Consejo Directivo para conocer los recursos	10
III.II. Sobre la admisibilidad de los recursos	11
III.III. Sobre el fondo del recurso de reconsideración.....	13
III.IV. Motivos de impugnación	13
i. Preámbulo sobre violación al debido proceso argumentada por CLARO y ALTICE.....	15
ii. Argumentos presentados por CLARO y respuestas del INDOTEL	16
a) Inexistencia de facultad del INDOTEL para regular ex ante.....	16
c) Violación al principio de interdicción de la arbitrariedad.....	32
d) Violación al principio de buena administración.....	39
iii. Argumentos presentados por ALTICE y respuestas del INDOTEL	42
a) Sobre la ausencia de marco legal para la aplicación de regulación <i>ex ante</i>.....	42
b) Sobre la falta de elementos a considerarse en materia de competencia	48
c) Sobre la admisión de COWI de insuficiencia de información	51
IV. Textos Vistos	52
V. Parte Dispositiva.....	53

I. Antecedentes

1. El 29 de julio de 2020, el Consejo Directivo del **INDOTEL**, emitió la Resolución núm. 047-2020, que da por recibido y presenta los resultados del estudio para la identificación de los mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana realizado por la firma consultora internacional **COWI**, la cual fue publicada en el periódico *Listín Diario*, pág. 9, el 13 de agosto de 2020 y cuyo dispositivo reza de la siguiente manera:

PRIMERO: DAR POR RECIBIDO e INCORPORAR a la presente resolución como Anexo, el contenido íntegro de los documentos contentivos de los informes finales de la consultoría para la **“Identificación de mercados relevantes sujetos a regulación ex ante en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana”**.

SEGUNDO: DETERMINAR que:

A) **El mercado minorista de telecomunicaciones de República Dominicana** está compuesto por los siguientes mercados relevantes:

- (i) Mercado de telefonía fija;
- (ii) Mercado de telefonía móvil;
- (iii) Mercado de acceso a internet fijo;
- (iv) Mercado de internet móvil; y
- (v) Mercado de televisión por suscripción.

B) **En el mercado mayorista de telecomunicaciones de República Dominicana** está compuesto por los siguientes mercados relevantes:

- (i) Acceso y originación en redes fijas;
- (ii) Terminación de comunicaciones en redes fijas;
- (iii) Acceso y originación en redes móviles;
- (iv) Terminación de comunicaciones en redes móviles;
- (v) Mercado de Transporte Nacional o portador; y
- (vi) Conectividad al transporte internacional (acceso a cabeceras de cable submarino).

TERCERO: INSTRUIR a la Dirección Ejecutiva del **INDOTEL** la instrumentación de las acciones pertinentes, a partir de los resultados obtenidos de la consultoría para la **“Identificación de mercados relevantes sujetos a regulación ex ante en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana”** dando participación a las partes interesadas conforme fuere requerido por la normativa aplicable.

CUARTO: INSTRUIR a la Dirección Ejecutiva para que disponga la publicación de un extracto de la presente resolución en un periódico de circulación nacional y de manera íntegra, incluido los informes finales de la consultoría en el portal web que mantiene esta institución en Internet, en la dirección www.indotel.gob.do, conforme las disposiciones de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04 y su Reglamento de Aplicación.

QUINTO: ENCOMENDAR a la Dirección Ejecutiva, la realización de las gestiones necesarias para la actualización del estudio para la identificación de mercados relevantes sujetos a regulación ex ante en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana cuando las condiciones del mercado así lo ameriten.”

2. El 11 de septiembre de 2020, mediante la correspondencia núm. 206672, la **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO)**, interpuso formal recurso de reconsideración contra la Resolución núm. 047-2020, mediante el cual solicita:

“PRIMERO: En cuanto a la forma, **ADMITIR** como bueno y válido el presente Recurso de Reconsideración contra la Resolución núm. 047-2020 de fecha veintinueve (29) de julio de dos mil veinte (2020), dictada por el Consejo Directivo del **INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)**, por ser interpuesto conforme a la Ley.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, que tengáis a bien **REVOCAR** en todas sus partes la Resolución núm. 047-2020 de fecha veintinueve (29) de julio del año dos mil veinte (2020), dictada por el Consejo Directivo del **INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)**, por las razones expuestas en los acápite III.1, III.2 y III.3 del presente recurso de reconsideración.”

3. Del mismo modo, el 14 de septiembre de 2020, mediante correspondencia núm. 206753, **ALTICE** interpuso su respectivo recurso de reconsideración contra la Resolución núm. 047-2020, en el que concluyen solicitando lo siguiente:

“PRIMERO: Que se **DECLARE**, admisible el presente recurso, en cuanto a la forma, por haber sido interpuesto en tiempo hábil y conforme a los requerimientos de la Ley núm. 153-98 y de la Ley 107-13 sobre los Derechos y Deberes de las Personas con la Administración Pública.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, que se **ACOJAN** las observaciones presentadas a la Resolución núm. 047-2020 que da por recibido y presenta los resultados del **“Estudio para la Identificación de los Mercados Relevantes Sujetos a Regulación Ex Ante en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana”** realizado por la firma consultora **COWI**, emitida por el Consejo Directivo del **INDOTEL**, y que se declare la Nulidad de la misma por los motivos expuestos precedentemente y en particular en ocasión de los vicios de forma y fondo identificados.

Subsidiariamente,

TERCERO: Que se **ORDENE** la entrega de los soportes que dieron lugar a la contratación de la empresa consultora internacional **COWI**, así como los reportes, estudios, análisis realizados por el **INDOTEL** o cualquier otra entidad y que dieron origen a la necesidad de encomendar el Estudio que forma parte de la Resolución núm. 047-2020.

CUARTO: Que de entenderse necesario o relevante hacer el estudio del mercado se **INICIE** un proceso consultivo, colaborativo y contradictorio con todos los entes

del mercado que permita tener visibilidad fidedigna del mercado y del nivel y condiciones de competencia del mismo.”

4. El 14 de octubre de 2020, el Consejo Directivo del **INDOTEL** emitió la Resolución núm. 075-2020 mediante la cual conoció los recursos de reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A., (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A., (ALTICE)**, contra la Resolución del Consejo Directivo núm. 047-2020 que da por recibido y presenta los resultados del estudio para la identificación de los mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana realizado por la firma consultora internacional **COWI**, notificada a **CLARO** y **ALTICE** en fecha 19 de octubre de 2020 por medio de las comunicaciones números DE-0001915-20 y DE-0001916-20, y cuyo dispositivo se transcribe a continuación:

“PRIMERO: DECLARAR bueno y válido, en cuanto a la forma los Recursos de Reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**, contra la Resolución del Consejo Directivo núm. 047-2020 que da por recibido y presenta los resultados del estudio para la identificación de los mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, **ACOGER PARCIALMENTE** los Recursos de Reconsideración interpuestos por la **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S.A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**, en contra de la Resolución núm. 047-2020, de fecha 29 de julio de 2010, que da por recibido y presenta los resultados del estudio para la identificación de los mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana realizado por la firma consultora internacional **COWI** y, en consecuencia, **ELIMINAR** el ordinal **SEGUNDO** de la parte dispositiva de la Resolución recurrida núm. 047-2020.

TERCERO: RATIFICAR en todas las demás partes la Resolución núm. 047-2020 del Consejo Directivo del **INDOTEL** de fecha 29 de julio de 2020.

CUARTO: ORDENAR la notificación de la presente resolución a las partes recurrentes **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S.A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**.

QUINTO: DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web que mantiene esta institución en la red de Internet en cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04 y su Reglamento de Aplicación.”

5. En esa misma fecha, 14 de octubre de 2020, el Consejo Directivo del **INDOTEL** emitió la Resolución núm. 076-2020 que ordena el inicio del proceso de consulta pública de los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana identificados en el estudio realizado por la firma consultora internacional **COWI**, cuyo aviso fue publicado en fecha 23 de octubre de 2020 en el periódico *Listín Diario* y la cual dispone lo siguiente:

“PRIMERO: ORDENAR el inicio del proceso de consulta pública de la identificación de los mercados relevantes y los mercados relevantes sujeto a regulación ex-ante del sector de telecomunicaciones de la República Dominicana determinados a partir del **INFORME DE PROGRESO (ENTREGABLE I)** contentivo de la metodología e identificación de los mercados relevantes y del **ANÁLISIS DE COMPETENCIA (ENTREGABLE II)** contenidos en el estudio para la identificación de los mercados relevantes sujetos a regulación ex ante en el sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana realizado por la firma consultora internacional **COWI**, los cuales se encuentran contenidos en la Resolución núm. 047-2020 del Consejo Directivo en fecha 29 de julio de 2020, disponible en la página web del **INDOTEL**.

A saber, los mercados relevantes identificados son:

A) El **mercado minorista de telecomunicaciones de República Dominicana**, está compuesto por los siguientes mercados relevantes:

- (i) Mercado de telefonía fija;
- (ii) Mercado de telefonía móvil;
- (iii) Mercado de acceso a internet fijo;
- (iv) Mercado de internet móvil; y
- (v) Mercado de televisión por suscripción.

B) El **mercado mayorista de telecomunicaciones de República Dominicana**, está compuesto por los siguientes mercados relevantes:

- (i) Acceso y originación en redes fijas;
- (ii) Terminación de comunicaciones en redes fijas;
- (iii) Acceso y originación en redes móviles;
- (iv) Terminación de comunicaciones en redes móviles;
- (v) Mercado de Transporte Nacional o portador; y
- (vi) Conectividad al transporte internacional (acceso a cabeceras de cable submarino).

PÁRRAFO: Los mercados relevantes a nivel mayorista listados anteriormente, se consideran sujeto de regulación ex ante, excepto el mercado de Conectividad al transporte Internacional (acceso a cabecera cable submarino).”

SEGUNDO: OTORGAR un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de la publicación de esta resolución, para que los interesados presenten las observaciones y comentarios que estimen convenientes a la presente resolución, de conformidad con el artículo 93 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, del 27 de mayo de 1998, las cuales no serán vinculantes para el órgano regulador.

PÁRRAFO: Los comentarios y las observaciones a los que hace referencia el presente artículo deberán ser depositados en formato papel o en formato electrónico, redactados en idioma español, dentro del plazo anteriormente establecido, en las oficinas del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (**INDOTEL**), ubicadas en el Edificio Osiris, marcado

con el número 962 de la Avenida Abraham Lincoln de esta ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, en días y horas laborables; o por correo electrónico a la dirección consultapublica@indotel.gob.do, indicando en el asunto el número de la presente resolución.

TERCERO: INSTRUIR a la Dirección Ejecutiva para que disponga la publicación de un extracto de la presente resolución en un periódico de circulación nacional y de manera íntegra en el portal Web que mantiene esta institución en la Internet, en la dirección www.indotel.gob.do.

6. El 28 de octubre de 2020, mediante la correspondencia núm. 209121, **CLARO** hizo una solicitud de documentos, suspensión de plazo de consulta pública y extensión del mismo por resultar insuficiente, esto en referencia a la Resolución núm. 076-2020.
7. El 30 de octubre de 2020, mediante la correspondencia núm. 209305, **ALTICE** hizo una solicitud de entrega de documentos que sustentan la resolución de marras y suspensión y revisión del plazo establecido por el dispositivo del fallo, esto en referencia a la Resolución núm. 076-2020.
8. En fecha 4 de noviembre de 2020, el Consejo Directivo del **INDOTEL**, emitió la Resolución núm. 085-2020, mediante la cual conoce la solicitud de extensión del plazo de consulta pública para la entrega de comentarios otorgados mediante la Resolución del Consejo Directivo núm. 076-2020 y entrega de documentos requeridos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**, cuyo extracto fue publicado en fecha 18 de noviembre de 2021 en el periódico *Hoy*, y notificada **CLARO** y **ALTICE**, mediante las comunicaciones números DE-0002258-20 y DE-0002259-20, cuyo dispositivo reza de la siguiente manera:

“PRIMERO: ACOGER parcialmente, la solicitud de extensión de plazo presentada por las Prestadoras de Servicios Públicos de Telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS S. A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA S. A. (ALTICE)**, conforme las comunicaciones recibidas en fecha 28 y 30 de octubre de 2020, en ocasión del proceso de Consulta Pública iniciado mediante la Resolución núm. 076-2020 de este Consejo Directivo del **INDOTEL**, y **OTORGAR** a tal fin un plazo de quince (15) días calendario adicionales contados a partir del 24 de noviembre de 2020, para que los interesados presenten las observaciones y comentarios que estimen convenientes sobre el proceso de consulta pública de los mercados relevantes sujetos de regulación ex ante en el sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana identificados en el estudio realizado por la firma consultora internacional **COWI**, de conformidad con el artículo 93 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, del 27 de mayo de 1998, las cuales no serán vinculantes para el órgano regulador.

PÁRRAFO: Los comentarios y las observaciones a los que hace referencia el presente artículo deberán ser depositados en formato papel o en formato electrónico, redactados en idioma español, dentro del plazo anteriormente establecido, en las oficinas del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (**INDOTEL**), ubicadas en el Edificio Osiris, marcado

con el número 962 de la Avenida Abraham Lincoln de esta ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, en días y horas laborables; o por correo electrónico a la dirección consultapublica@indotel.gob.do, indicando en el asunto el número de la presente resolución.

SEGUNDO: RECHAZAR la solicitud de entrega de los documentos requeridos por **CLARO** y **ALTICE** en fecha 28 de octubre y 30 de octubre de 2020, respectivamente, conforme las motivaciones expuestas y reservas a la obligación de entrega de información realizadas en base a las limitaciones y excepciones legalmente establecidas en el cuerpo de la presente resolución y la solicitud de suspensión del plazo ya ampliado en el ordinal que antecede.

TERCERO: ORDENAR a la Dirección Ejecutiva la notificación de la presente resolución a las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)** y **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A., (CLARO)**, y **DISPONER** la publicación de un extracto de la presente resolución en un periódico de circulación nacional y de manera íntegra en el portal Web que mantiene esta institución en la Internet, en la dirección www.indotel.gob.do.

CUARTO: DECLARAR que la presente Resolución es de obligado cumplimiento, de conformidad con las disposiciones del artículo 99 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, del 27 de mayo de 1998.”

9. El 7 de octubre de 2021, el Consejo Directivo del **INDOTEL**, emitió la Resolución núm. 098-2021, mediante la cual identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana, luego de haber ponderado los argumentos presentados en el período de consulta pública y durante la audiencia celebrada al efecto. Un extracto de dicha resolución fue publicado en el periódico *Listín Diario* en fecha 20 de octubre 2021 y su dispositivo establece lo siguiente:

“PRIMERO: IDENTIFICAR que los mercados relevantes del sector de las Telecomunicaciones de la República Dominicana son los siguientes:

A) MERCADOS RELEVANTES MINORISTAS:

- (i) Telefonía Fija; alcance municipal
- (ii) Telefonía Móvil; alcance nacional
- (iii) Acceso a Internet Fijo; alcance municipal
- (iv) Internet Móvil; alcance nacional y
- (v) Televisión por Suscripción; alcance municipal.

B) MERCADOS RELEVANTES MAYORISTAS:

- (i) Acceso y originación en redes fijas;
- (ii) Terminación de comunicaciones en redes fijas;
- (iii) Acceso y originación en redes móviles;
- (iv) Terminación de comunicaciones en redes móviles;
- (v) Transporte Nacional o portador; y
- (vi) Conectividad al transporte internacional (acceso a cabeceras de cable submarino).

SEGUNDO: ESTABLECER que los mercados relevantes del sector de las Telecomunicaciones de la República Dominicana que estarán sujetos a regulación ex ante son los siguientes:

A) MERCADOS RELEVANTES MAYORISTAS:

- (i) Acceso y originación en redes fijas;
- (ii) Terminación de comunicaciones en redes fijas;
- (iii) Acceso y originación en redes móviles;
- (iv) Terminación de comunicaciones en redes móviles; y
- (v) Transporte Nacional o portador.

TERCERO: El **INDOTEL**, en un plazo no mayor a tres (3) años, revisará la lista de mercados relevantes identificados del sector de las Telecomunicaciones, así como las condiciones de competencia en los mercados establecidos como susceptibles de regulación ex ante, en la presente Resolución.

CUARTO: INSTRUIR a la Dirección Ejecutiva para que disponga la publicación de un extracto de la presente resolución en un periódico de circulación nacional y de manera íntegra en el portal Web que mantiene esta institución en la Internet, en la dirección www.indotel.gob.do.”

10. El 28 de octubre de 2021, el Consejo Directivo del **INDOTEL**, emitió la Resolución núm. 114-2021, mediante la cual pone en consulta pública la determinación de los operadores con posición de dominio en los mercados relevantes identificados en la Resolución del Consejo Directivo del **INDOTEL** núm. 098-2021. Un extracto de dicha resolución fue publicado en el periódico *Listín Diario* en fecha 29 de octubre 2021 y su dispositivo establece lo siguiente:

PRIMERO: ORDENAR el inicio del proceso de consulta pública para la determinación de los operadores con posición de dominio en los mercados relevantes identificados en la Resolución del Consejo Directivo del **INDOTEL** núm. 098-2021, de fecha 7 de octubre de 2021, conforme en el estudio realizado por la firma consultora internacional **COWI**, en sus secciones 1.1.6, 1.2.6, 1.3.6, 1.4.6, 1.5.6 del **ENTREGABLE II: Análisis de competencia en los mercados relevantes para la identificación de mercados sujeto de regulación ex ante**, contenido de manera íntegra en la Resolución del Consejo Directivo núm. 047-2020 de fecha 29 de julio de 2020, disponible en la página web del **INDOTEL**.

PÁRRAFO I: La identificación de operadoras con posición dominante en cada mercado, de acuerdo con el resultado del referido estudio ha sido la siguiente:

- **Telefonía Fija:** Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A. (CLARO) en todos los municipios del país.
- **Telefonía Móvil:** No se contó con información suficiente para identificar operadores con posición dominante.
- **Internet Fijo:** Compañía Dominicana de Teléfonos, S. A. (CLARO) en 46 municipios señalados por el estudio (ANEXO ENTREGABLE II: Tabla 30).
- **Internet Móvil:** No se contó con información suficiente para identificar operadores con posición dominante.

- **Televisión por Suscripción:** No se contó con información suficiente para identificar operadores con posición dominante.
- **Servicio Portador:** No se contó con información suficiente para identificar operadores con posición dominante.

SEGUNDO: OTORGAR un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de la publicación de esta Resolución, para que los interesados presenten las observaciones y comentarios que estimen convenientes, de conformidad con el artículo 93 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, del 27 de mayo de 1998, las cuales no serán vinculantes para el órgano regulador.

PÁRRAFO: Los comentarios y las observaciones a los que hace referencia el presente artículo deberán ser remitidos en idioma español, dentro del plazo anteriormente establecido por correo electrónico a la dirección consultapublica@indotel.gob.do, indicando en el asunto el número de la presente Resolución.

TERCERO: INSTRUIR a la Dirección Ejecutiva para que disponga la publicación de un extracto de la presente Resolución en un periódico de circulación nacional y de manera íntegra en el portal Web que mantiene esta institución en la Internet, en la dirección www.indotel.gob.do, conforme las disposiciones de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04 y su Reglamento de Aplicación.

11. El 19 de noviembre de 2021, mediante la correspondencia núm. 229482, la **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO)**, interpuso formal recurso de reconsideración contra la Resolución núm. 098-2021, mediante el cual solicita:

PRIMERO: En cuanto a la forma, **ADMITIR**, como bueno y válido el presente Recurso de Reconsideración contra la Resolución núm. 098-2021 de fecha siete (7) de octubre de año dos mil veintiuno (2021), dictada por el Consejo Directivo del **INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)**, mediante la cual se “identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación ex ante del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana”.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, que tengáis a bien **REVOCAR** en todas sus partes la Resolución núm. 098-2021 de fecha siete (7) de octubre de año dos mil veintiuno (2021), dictada por el Consejo Directivo del **INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)**, por las razones antes expuestas.

12. El 1º de noviembre de 2021, mediante correspondencia núm. 229951, **ALTICE DOMINICANA, S.A. (ALTICE)**, interpuso formal recurso de reconsideración en contra de la Resolución núm. 098-2021, mediante la cual solicita lo siguiente:

PRIMERO: ADMITIR en cuanto a la forma, el presente recurso de reconsideración, por haber sido interpuesto en tiempo hábil y en conformidad con las normas legales, reglamentarias y procesales que rigen la materia.

SEGUNDO: ACOGER en todas sus partes los planteamientos y argumentos vertidos en el presente recurso y, en consecuencia, **REVOCAR** la Resolución núm. 098-2021 dictada por el Consejo Directivo del INDOTEL en fecha 7 de octubre de 2021, al (i) resultar violatoria de las disposiciones constitucionales y legales vigentes en la República Dominicana; (ii) haber sido adoptada bajo estudios e insumos que resulta incompletos y contradictorios; y (iii) ser contraproducente, inoportuna e incompatible con la evolución histórica y realidad actual del mercado de las telecomunicaciones de la República Dominicana.

TERCERO: RESERVAR a la recurrente, **ALTICE DOMINICANA, S.A.**, el derecho de presentar documentos, estudios, evidencias o argumentos adicionales en apoyo a sus pretensiones, en caso de que ese Consejo Directivo lo estime relevante para la sustanciación o fundamentación de su decisión; o de participar y exponer sus argumentos de manera oral, ante cualquier convocatoria a audiencia que tenga a bien decidir ese honorable Consejo Directivo.

II. Objeto

13. La presente resolución se refiere a los recursos de reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **CLARO** y **ALTICE** contra la Resolución del Consejo Directivo núm. 098-2021 que identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación ex ante del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana.
14. A continuación, procedemos a presentar las consideraciones de derecho en las cuales este Consejo Directivo fundamenta su decisión, la cual, para una mayor comprensión, la hemos estructurado de la siguiente manera:

I. Competencia del Consejo Directivo para conocer los recursos de reconsideración

II. Sobre la admisibilidad de los recursos de reconsideración

III. Sobre el fondo de los recursos de reconsideración

IV. Sobre los motivos de impugnación.

III. Consideraciones de Derecho

III.I. Competencia del Consejo Directivo para conocer los recursos

15. Que, en la aplicación de las disposiciones contenidas en la Constitución Dominicana, el numeral 3 del artículo 147, establece que: *“La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. La ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentre a cargo de organismos creados para tales fines”*, por lo cual, a través de Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, el Estado ha delegado en el **INDOTEL** la regulación y supervisión del desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones.

16. Que, en ese sentido, este Consejo Directivo del **INDOTEL** se encuentra apoderado del conocimiento de sendos recursos de reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **CLARO** y **ALTICE** contra la Resolución núm. 098-2021 que identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación ex ante del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana.
17. Que, la parte capital del artículo 53 de la Ley Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, establece que *“actos del administrado, a través de los cuales solicitan a la Administración la modificación, revocación o la aclaración de una decisión”, en consecuencia “debe considerarse como Recurso de Reconsideración cualquier pretensión, formulada por parte legitimada para ello, que tienda a obtener la revocación del acto administrativo que se estima que es contrario a Derecho, para lo que basta que se pida su reforma y que se dirija al mismo órgano que dictó aquel”*.
18. Que, con el objetivo de que esas vías sean ejercidas por los interesados, el legislador ha establecido a través de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, el marco normativo imperante en el sector que establece el procedimiento a seguir para la interposición de recursos contra las decisiones de la Dirección Ejecutiva del **INDOTEL** y de este Consejo Directivo. De manera adicional, la Ley sobre Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, por su carácter supletorio, constituye el marco jurídico aplicable; ambas legislaciones determinan el procedimiento a seguir para la interposición de recursos contra las decisiones del Consejo Directivo del **INDOTEL**.
19. Que, en ese sentido, de acuerdo a lo que establece el artículo 96.1 de la Ley, “las decisiones del Director Ejecutivo y del Consejo Directivo podrán ser objeto de un recurso de reconsideración” y el artículo 53 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, que señala que *“Los actos administrativos podrán ser recurridos ante los órganos que los dictaron”*, habilitando por consiguiente la vía recursiva en sede administrativa por ante este órgano regulador.
20. Que el “Recurso de Reconsideración” al que hace alusión el indicado artículo 96.1 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, es un recurso administrativo de petición que es conocido ante el mismo órgano o ente de la Administración Pública de donde proviene el acto impugnado, con el objetivo de que éste lo revoque, derogue o modifique, por lo que se considera como una reposición, que por imperio del recurso, coloca a la autoridad que dictó el acto en posición de conocerlo nuevamente, el cual habrá de reevaluar los hechos y el derecho.
21. Que, en virtud de lo anteriormente expuesto, este Consejo Directivo se encuentra investido de las facultades necesarias para conocer y decidir de los recursos que se interpongan contra sus propias decisiones, en el marco establecido por la ley.

III.II. Sobre la admisibilidad de los recursos

22. Que, en lo relativo a la capacidad de las recurrentes **CLARO** y **ALTICE**, el artículo 16 de la Ley sobre Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de

Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, establece que tendrán capacidad para obrar en el procedimiento administrativo, entre otras, las personas jurídicas, como es el caso de las hoy recurrentes.

23. Que, de igual forma, el artículo 17 de la Ley sobre Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, dispone lo siguiente:

“Artículo 17. Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos o intereses que puedan resultar afectados por las decisiones que se adopten en el mismo; aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución e intervengan en el procedimiento en tanto no se haya dictado resolución definitiva (...).”

24. Que, de ponderar el objeto que persigue el acto administrativo que pretende ser impugnado por medio de la interposición de los referidos recursos y los argumentos en que se fundamenta la acción, se ha podido identificar de manera sumaria que las indicadas concesionarias sustentan su interés al indicar que son compañías prestadoras autorizadas para prestar servicios públicos de telecomunicaciones y entes regulados por el **INDOTEL** y son afectados por la resolución impugnada.
25. Que, a su vez, dentro de los aspectos para tener en cuenta por este Consejo Directivo respecto de los recursos, se encuentra el determinar si al momento de la interposición **CLARO y ALTICE** han observado las formalidades establecidas por la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, y por la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, para su admisibilidad.
26. Que, en ese sentido, la parte capital del artículo 53 de la Ley Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, establece que *“Los actos administrativos podrán ser recurridos ante los órganos que los dictaron en el mismo plazo de que disponen las personas para recurrirlos a la vía contencioso-administrativa”*; el cual es de 30 días¹ partiendo de la fecha en que se puso a disposición de los terceros el acto impugnado. En este sentido, el día 20 de octubre de 2021, fue publicado en el periódico *Listín Diario* un extracto de la referida Resolución núm. 098-2020, fecha a partir de la cual comienzan a correr los plazos conferidos por el ordenamiento a tal efecto.
27. Que los recursos de reconsideración interpuestos por **CLARO y ALTICE** contra la Resolución del Consejo Directivo núm. 098-2021, fueron depositados de manera individual ante el **INDOTEL**, en fechas 19 de noviembre de 2021 y 1º de diciembre de 2021, respectivamente, por lo que se verifica que los mismos fueron presentados dentro del plazo establecido en la Ley sobre Derechos de las Personas frente a la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13 y observando las formalidades establecidas por la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98.

¹ Art. 5, de la Ley que crea el Tribunal Superior Administrativo, núm. 13-07.

28. Que, por otro lado, la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, es clara al expresar, en su artículo 97, los motivos por los cuales podrán ser impugnadas las decisiones del Consejo Directivo:

- a) *Extralimitación de facultades;*
- b) *Falta de fundamento sustancial en los hechos de la causa;*
- c) *Evidente error de derecho; o*
- d) *Incumplimiento de las normas procesales fijadas por esta Ley o por el propio órgano regulador.*

29. Que de manera adicional, este Consejo Directivo entiende pertinente señalar que el artículo 48 de la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración Pública y de Procedimientos Administrativos, núm. 107-13, reduce significativamente los requisitos de interposición de esta clase de actuaciones al establecer que “Los recursos administrativos se presentarán por escrito en los registros de los órganos competentes para resolverlos, que deberá admitirlos y tramitarlos siempre que de su contenido se pueda deducir la actuación administrativa recurrida, la voluntad de impugnación y los motivos concretos de inconformidad”.

30. Que al amparo de lo establecido anteriormente y de conformidad con las disposiciones legales aplicables, procede que este órgano administrativo admita los recursos de reconsideración interpuestos por **CLARO** y **ALTICE**, contra la Resolución núm. 098-2021, por vía de la cual el Consejo Directivo identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación ex ante del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana, ya que del contenido de sus instancias de apoderamiento se puede comprobar el cumplimiento de las formalidades dispuestas por la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98 y la Ley sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, núm. 107-13, para la interposición de los presentes recursos de reconsideración.

31. Que, en este sentido, en lo adelante este Consejo Directivo procederá a desarrollar sus argumentos de respuestas a cada una de las alegaciones presentadas por las concesionarias **CLARO** y **ALTICE**, dotando con ello a la presente decisión administrativa de la motivación y argumentación que en cumplimiento del principio de racionalidad se exige como base a la entera actuación administrativa.

III.III. Sobre el fondo del recurso de reconsideración

32. Que el artículo 91 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153- 98, establece que las resoluciones del Consejo Directivo deberán contener una descripción de las posiciones de las partes y los motivos para acoger o rechazar cada una de ellas, por lo que en lo adelante nos referiremos puntualmente a los artículos sometidos a reconsideración en el orden del reglamento y la posición de este Consejo Directivo ante los mismos.

III.IV. Motivos de impugnación

33. Que, respecto a los motivos de impugnación **CLARO**, de manera particular, ha sustentado su pedimento de que se revoque la resolución de referencia en los siguientes puntos que se desarrollaran en lo adelante:

1. *INDOTEL no cuenta con facultades para someter a regulación ex ante, los mercados relevantes. Violación al principio constitucional de legalidad administrativa, seguridad jurídica y sometimiento pleno del ordenamiento jurídico (Art. 40.15 y 138 de la Constitución y 3.1, de la Ley 107-13). Violación Principio de Vinculación Positiva de las actuaciones administrativas. Violación al principio de mínima regulación (Art. 92 Ley 153-98).*
 - i. *La inexistencia de facultad del INDOTEL para regular ex ante.*
 - ii. *Previo a la Resolución núm. 098-2021 el INDOTEL había sido advertido de la inexistencia de su facultad de regular ex ante.*
 2. *La Resolución núm. 098-2021 es nula de pleno derecho al no cumplir con las disposiciones del artículo 20 de la Ley núm. 42-08 y el artículo 16 del Reglamento de aplicación de dicha Ley, así como del artículo 31-5 de la Ley 107-13 relativo al procedimiento de dictado de actos reglamentarios de entes reguladores relacionado a materia de competencia y la obligación de colaboración entre órganos y entes públicos.*
 - i. *La Resolución núm. 098-2021 no es un acto administrativo. Es una actuación de naturaleza reglamentaria.*
 - ii. *La inobservancia de las disposiciones del artículo 20 de la Ley núm. 42-08, 16 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08 y 3.5 de la Ley núm. 107-13 hace la Resolución núm. 098-2021 nula.*
 3. *Violación al principio de interdicción de la arbitrariedad que deja sin legitimidad la decisión del INDOTEL (Principio de Racionalidad, Art. 3.4 de la Ley 107-13). Hay un error en la metodología utilizada en la Resolución núm. 098-2021; informar de mercados susceptibles a regulación no es lo mismo que declarar mercados sujetos a regulación.*
 4. *La Resolución núm. 098-2021 viola el principio de buena administración. El INDOTEL delega en un informe de terceros, facultades que en todo caso eran propias del INDOTEL.*
 - i. *Violación al derecho a la tutela administrativa efectiva y derecho a una motivación adecuada: el INDOTEL delegó funciones que eran propias y no justificó la decisión adoptada*
 - ii. *En esa delegación a un tercero de las facultades del INDOTEL se ha utilizado una metodología incorrecta para la determinación de los mercados relevantes.*
 - A. *No se satisfacen los criterios legales aplicables para definir mercados relevantes en el sector de las Telecomunicaciones en la República Dominicana.*
 - B. *El INDOTEL restringe arbitrariamente la definición de los mercados a los servicios públicos de telecomunicaciones como resultado de una interpretación injustificada de sus facultades para regular.*
- 34.** Que, por su lado, **ALTICE** fundamenta su recurso en las siguientes observaciones:
- a) Sobre la ausencia de marco legal para la aplicación de regulación *ex ante*.
 - b) Sobre la falta de elementos a considerarse en materia de competencia.
 - c) Sobre la admisión de **COWI** de falta de información.
- 35.** **ALTICE** establece que el artículo 97 de la Ley núm. 153-98, ha sido interpretado históricamente en el sentido de que los recursos dirigidos contra las decisiones del Consejo

Directivo del **INDOTEL** sólo pueden fundamentarse en cuatro (4) motivos o causales diferentes, como son: (i) la extralimitación de sus facultades; (ii) la falta de fundamento sustancial en los hechos de la causa; (iii) un evidente error de derecho o, finalmente; (iv) por el incumplimiento de las normas procesales fijadas por esa misma Ley o de aquellas normativas emanadas del propio órgano regulador.

- 36.** Sin embargo, dicha disposición ha sido matizada en su interpretación ante la puesta en vigor del artículo 48 de la Ley núm. 107-13. El cual sostiene que: *“los recursos administrativos se presentarán por escrito en los registros de los órganos competentes para resolverlos, que deberá admitirlos y tramitarlos siempre que de su contenido se pueda deducir la actuación administrativa recurrida, la voluntad de impugnación y los motivos concretos de inconformidad”*.
- 37.** En lo adelante este Consejo Directivo analizará cada uno de los planteamientos que han sido presentados por la recurrente, y luego de realizar un análisis objetivo y detallado, expresará sus puntos de vista sobre los mismos.

i. Preámbulo sobre violación al debido proceso argumentada por CLARO y ALTICE

- 38.** Para el **INDOTEL**, es preciso señalar que el órgano regulador no ha violentado el derecho de defensa de ninguna de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, toda vez que ha cumplido con los procedimientos para la determinación de mercado relevante. Además, se ha apoyado de estudios, investigaciones y los mismos se han dado conocer a todos los administrados mediante consulta pública.
- 39.** El acto recurrido, núm. 098-2021 dictado por el Consejo Directivo de **INDOTEL** resuelve tres asuntos en su dispositivo: a) Identifica los mercados relevantes del sector de Telecomunicaciones de la República Dominicana; b) Establece los mercados relevantes del sector de Telecomunicaciones sujetos a regulación *ex ante*; c) Informa que, en un plazo de tres años, revisará la lista de mercados relevantes identificados del sector de las Telecomunicaciones, así como las condiciones de competencia en los mercados establecidos como susceptibles de regulación *ex ante* en dicha Resolución. Por lo tanto, mediante la presente resolución, se responde a los recursos de reconsideración de las prestadoras **CLARO** y **ALTICE**, respecto de esas tres decisiones.
- 40.** Para atacar la mencionada resolución, por la vía recursiva de la reconsideración, entre otros aspectos a responderse uno a uno en el presente acto, **ALTICE** y **CLARO** aseveran que el **INDOTEL** no tiene las facultades legales necesarias para su dictado. **CLARO** en lo particular, ataca la Resolución núm. 098-2021 alegando que **INDOTEL** no está facultada para adoptar una medida *ex ante* contra prácticas anticompetitivas. Como expresa el acto administrativo recurrido, el **INDOTEL** no considera para su dictado la discusión de medidas o remedios regulatorios *ex ante*, por lo que la Resolución núm. 098-2021 no adopta medidas con ese carácter. **ALTICE** acude a argumentos diferenciados haciendo énfasis en una alegada inobservancia a la regla que, según esa prestadora establece el artículo 92, y que impide al **INDOTEL** adoptar la decisión recurrida.
- 41.** El acto administrativo atacado por ambas empresas de ilegal, pero acudiendo a diferentes argumentos, previa motivación, en su ordinal SEGUNDO, únicamente determina cuáles son mercados relevantes que, a futuro y conforme los procedimientos administrativos correspondientes para el ejercicio de la potestad reglamentaria del **INDOTEL** relacionados

con el derecho de la competencia especial de la Ley núm. 153-98, podrían quedar sujetos a medidas previas de conformidad a su régimen de ley. Mientras que, el TERCERO, avisa que actualizará ese informe y la decisión aprobatoria, dentro de tres años el ejercicio.

- 42.** A continuación, la presente resolución responde a la aseveración de **CLARO**, previamente manifestada por esa prestadora en ocasión de la consulta pública, en el sentido de que **INDOTEL** carece de competencia de atribución para definir mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*. En esta ocasión esa postura es secundada por **ALTICE** a través de su recurso de reconsideración a la Resolución núm. 098-2021, con variantes interpretativas, ya que la segunda admite la potestad del **INDOTEL** de elegir esa modalidad de regulación. **ALTICE** concentra su ataque a la resolución recurrida en una presunta violación al artículo 92 de la Ley núm. 153-98. Esa moción común ataca los ordinales SEGUNDO y TERCERO del acto administrativo recurrido, por lo que será respondida de manera separada.
- 43.** Es decir, que si bien ambas prestadoras atacan las decisiones adoptadas por los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la Resolución núm. 098-2021 bajo el entendido de que el **INDOTEL** no puede desconocer lo que a su criterio establece el “principio de mínima regulación y máximo funcionamiento del mercado”, que realmente es el denominado Criterio de Acción del artículo 92 de la Ley núm. 153-98, porque violaría el principio de legalidad, las recurrentes centran cada una su ataque de manera diferenciada. Nótese que **ALTICE** distinto a **CLARO**, admite una escogencia en la política regulatoria, así como el hecho de que la regulación *ex ante* es admisible en determinados presupuestos en la cita a su escrito recursivo a ser respondido más adelante en la presente resolución.

ii. Argumentos presentados por CLARO y respuestas del INDOTEL

a) Inexistencia de facultad del INDOTEL para regular *ex ante*

- 44.** **CLARO** indica que el **INDOTEL** no cuenta con facultades para someter a regulación *ex ante* los mercados relevantes y que la emisión de dicha decisión en la Resolución núm. 098-2021 implica las siguientes violaciones:
- Violación al principio constitucional de legalidad administrativa, seguridad jurídica y sometimiento pleno del ordenamiento jurídico (Art. 40.15 y 138 de la Constitución y 3.1, de la Ley 107-13).
 - Violación Principio de Vinculación Positiva de las actuaciones administrativas.
 - Violación al principio de mínima regulación (Art. 92 Ley 153-98).
- 45.** Para **CLARO** lo más sorprendente de todo lo expuesto en la resolución es que la inexistencia de una habilitación legal para el control *ex ante* le ha sido ya advertido al **INDOTEL** en ocasiones anteriores.
- 46.** **CLARO** establece que **PRO-COMPETENCIA** precisó justamente que el **INDOTEL** no dispone de facultad de regulación *ex ante*, y que ese era un punto de *lege ferenda*. Textualmente expuso lo siguiente:

(...) en la República Dominicana, la regulación ha sido de marcada tendencia *ex post*, la cual limita el ámbito de actuación del órgano regulador. Ante esta limitación, el ente regulador difícilmente puede actuar de manera preventiva, mediante la realización de análisis económicos y de mercado que le permitan

identificar distintos mercados relevantes, analizar las condiciones de competencia impetrantes en cada uno de ellos e identificar tanto los mercados con problemas de competencia, susceptibles de regulación *ex ante*, como los operadores con posición de dominante, así como aplicar medidas regulatorias por competitivas en los mismos.²

47. En adición a lo anterior, indica **CLARO** que, en el marco de la consultoría pública realizada al **BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)**, en su condición de órgano regional especializado y quien ha trabajado en los documentos de soporte para proyectos de reforma de la Ley núm. 153-98, iniciados por el **INDOTEL**, ha emitido una serie de aclaraciones sobre las nuevas inclusiones que contenía el proyecto de modificación de la Ley núm. 153-98 las cuales reflejan la inexistencia de esta potestad de control *ex ante*.
48. **CLARO** resalta que la inexistencia de la habilitación legal del **INDOTEL** para regular *ex ante* que tanto **PRO-COMPETENCIA** como el **BID** puntualizan, ha sido advertido en ocasiones anteriores por **CLARO**. En igual sentido, **CLARO** advirtió que debido a las condiciones del mercado de las telecomunicaciones de la República Dominicana no solamente el **INDOTEL** no tiene actualmente esta facultad, sino que no es necesario que la tenga. Pues una intervención de esta naturaleza en una futura modificación legislativa no es necesaria, ni adecuada, ni recomendable toda vez que cualquier intervención en materia de competencia debe tomar en cuenta las características propias del mercado, no siendo idóneo en el mercado de las telecomunicaciones de la República Dominicana el establecimiento de medidas *ex ante*.
49. **CLARO** hace referencia al artículo 92.1 de la Ley núm. 153-98 que dispone que “*al dictar resoluciones relacionadas con el funcionamiento y desarrollo de los mercados de telecomunicaciones el órgano regulador deberá ajustarse a la regla de la mínima regulación y del máximo funcionamiento del mercado*”. Ese precepto legal, quiere decir que tiene que tomarse en consideración siempre, y no excepcionalmente, porque es un principio atinente a cualquier decisión del órgano regulador que verse sobre funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones; el **INDOTEL** debe en la medida de lo posible, dejar que el mercado funcione libremente, e intervenir “*en los casos que no exista*” una competencia leal efectiva y sostenible.
50. **CLARO** impugna la decisión tomada por el Consejo Directivo, por considerarla absolutamente inconstitucional e ilegal. Indica que el **INDOTEL** ha desbordado las atribuciones del legislador, ignorando el principio de vinculación positiva, que le obliga a que todas sus actuaciones encuentren soporte en una habilitación legal (artículo 138 de la Constitución y artículo 3.1 de la Ley núm. 107-13). Los órganos y entes de la Administración Pública pueden actuar en la medida que tengan potestades otorgados por la Ley para ello, y no atribuirse potestades interpretando reglamentaciones.
51. **CLARO** expone que la Resolución núm. 098-2021 determina los mercados relevantes y establece aquellos que estarán sujetos a regulación *ex ante*. Todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, como lo es **CLARO**, estarán sometidos a la limitación de los mercados que ha hecho la Resolución núm. 098-2021 la cual permanecerá en el tiempo debido a que el mismo **INDOTEL** reconoce su permanencia en el tiempo al precisar en el

² Comunicación PR-IN-2021-0382 de la Comisión Nacional de Defensa a la Competencia (Procompetencia) de fecha veinticinco (25) de mayo del año dos mil veintiuno (2021) relativos a comentarios respecto a las modificaciones que deben realizarse en la Ley No. 153-98.

tercero dispositivo de la resolución que: *“El INDOTEL, en un plazo no mayor de tres (3) años, revisará la lista de mercados relevantes identificados del sector de la Telecomunicaciones, así como las condiciones de competencia en los mercados establecidos como susceptibles de regulación ex ante, en la presente Resolución”.*

52. Para **CLARO**, el **INDOTEL** lo que ha hecho ha sido regular los operadores del mercado de las telecomunicaciones mediante: (i) la delimitación de los mercados relevantes; (ii) indicación de los mercados que estaría a regulación *ex ante*. La aplicación de estos mercados relevantes no se ha realizado para un caso en particular, sino que tendrá una aplicación reiterada o continua lo que revela claramente su contenido reglamentario. **CLARO** alega que la Resolución núm. 098-2021 no es un acto administrativo, sino que se trata de una actuación de naturaleza reglamentaria; consecuentemente, debió cumplir con las formalidades legales establecidas y que eran indispensables para su aprobación.
53. Para el **INDOTEL**, no es admisible que la prestadora de servicios señale que el órgano regulador no tiene las facultades para regular *ex ante*, siendo la propia Ley núm. 153-98 que establece a su cargo, en su artículo 78, las funciones de *“Regular aquellos servicios en los que la ausencia de competencia resulte perjudicial al consumidor”*, y de *“Prevenir o corregir prácticas anticompetitivas o discriminatorias, con arreglo a la presente ley y sus reglamentaciones”*; y que, precisamente, para detallar la forma en que el órgano regulador podría cumplir con dichas atribuciones, el Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las Telecomunicaciones, Resolución núm. 022-05 en su artículo 5, literales d) y e), dispone que el órgano regulador podrá *“Determinar o definir, en casos concretos, el mercado relevante de un determinado producto o servicio”*; así como *“determinar los casos en que las empresas [...] tienen posición dominante en un mercado de telecomunicaciones y vigilar su comportamiento con el fin de impedir, corregir y sancionar cualquier conducta que constituya abuso de dicha posición en el mercado”*.
54. No obstante, **CLARO** sostiene que el **INDOTEL** no cuenta con las facultades para someter a regulación *ex ante* los mercados relevantes, pues infringe los principios constitucionales de legalidad administrativa, la seguridad jurídica y de sometimiento pleno al ordenamiento también recogidos por la Ley núm. 107-13.
55. Entre otros aspectos la recurrente señala que: “No obstante las citas contenidas en la mencionada resolución sobre la Ley núm. 153-98, ninguno de estos textos legales indica que dicho órgano cuenta con la facultad para establecer los mercados relevantes y cuáles de dichos mercados estarían sujetos a la regulación *ex ante*. Al hacerlo la Resolución núm. 098-2021 viola el principio de legalidad, desborda sus atribuciones. (Pág. 11 y 12) (...) “El **INDOTEL** hace una interpretación abstracta del actual marco legal e intenta hacer una interpretación de la Ley núm. 153-98 en base a lo dispuesto por el Reglamento de Libre y Leal Competencia. Es decir, la autoridad utiliza el contenido del reglamento que fue dictado por ella misma a los fines de auto determinarse que el legislador le ha dado facultad para regular *ex ante* en la Ley núm. 153-98. Al hacer esto viola el principio de jerarquía de la ley. (Págs. 13 y 14).
56. Continúa exponiendo la recurrente que (...) “La principal falla en el razonamiento del **INDOTEL** es que pretende extender sus atribuciones para regular con base a una interpretación por analogía (o por mayoría de razón” (Pág. 16) (...) “Más aún, extiende este argumento para señalar que, si tiene facultad para determinar mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones, entonces también tiene facultades para establecer los

mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*, cuando ninguna disposición constitucional y legal del sistema jurídico de la República Dominicana prevé que se defina un mercado relevante “sujeto a regulación *ex ante*”. (Pág. 17) (...) “El hecho de que la ley faculta al **INDOTEL** a regular la libre y leal competencia, no significa que el **INDOTEL** dispone de facultades necesarias para imponer una regulación *ex ante*, la cual no tiene cabida en la ley y además vulnera el principio básico de mínima regulación.” (Pág. 24).

57. **CLARO** opina que el **INDOTEL** acude a la analogía para atribuirse la posibilidad, a futuro de tomar medidas o remedios previos a la ocurrencia de prácticas anticompetitivas. Particularmente **CLARO**, critica, además, que el organismo utilice en el acto recurrido la expresión *ex ante* para reconocer su potestad legal para determinar mercados relevantes de manera preventiva, y, en consecuencia, adoptar la decisión recurrida. En ese sentido, **CLARO** afirma que: *ninguna disposición constitucional y legal del sistema jurídico de la República Dominicana prevé que se defina un mercado relevante “sujeto a regulación *ex ante*”*. Es decir, que, según esta recurrente, el **INDOTEL** está limitado temporalmente a determinar mercados relevantes.
58. Adicionalmente, según **CLARO**, **INDOTEL** acude a la abstracción. Es decir, para **CLARO**, el artículo 78 en sus literales b) y d) de la Ley núm. 153-98 que ordenan al organismo a **“Regular aquellos servicios en los que la ausencia de competencia resulte perjudicial al usuario”** y a **“Prevenir o corregir prácticas anticompetitivas o discriminatorias, con arreglo a la presente ley y sus reglamentaciones”** (Énfasis del **INDOTEL**), es una norma abstracta afirma esa recurrente. A la vez, **CLARO** usa el término *ex post*, que tampoco se emplea en la Ley núm. 153-98, la Ley General de Defensa a la Competencia, núm. 42-08 o la Constitución, para, según su criterio, intentar limitar la esfera de actuación del **INDOTEL**. Tal parece que solo las administradas y no así la Administración, pueden hacer acopio de expresiones doctrinales sin que, en su caso, y al margen de la interpretación que le da **CLARO**, se viole el principio de sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, el de juridicidad.
59. Existe doctrina ampliamente reconocida y aplicada al estudio del derecho de las telecomunicaciones vigente en la República Dominicana, en la obra de José María Chillón, publicada por la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. El profesor Chillón Medina despeja el mito que **CLARO** construye sobre la expresión *ex ante*, como si se tratara de algo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico nacional. El experto español destaca en su obra *Curso virtual sobre derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información* elaborado por encargo para la República Dominicana y ofrecido a múltiples generaciones de jueces dominicanos lo siguiente sobre la regulación *ex ante*:

“4.- Regulación *ex ante*. Siguiendo la terminología del Derecho comunitario europeo la denominada regulación *ex ante* significa que la intervención pública opera *a priori* de los comportamientos o conductas de los agentes del sector y no con posterioridad a sus actuaciones. **Se contraponen así regulación *ex ante* a regulación *ex post*. La primera con carácter preventivo**, la segunda, con carácter represivo o *a posteriori*. Trátase, en el supuesto de la denominada regulación *ex ante*, de **una regulación que impone reglas configuradoras de todo un sistema normativo, con derechos y obligaciones preestablecidos, y con el objetivo marcado por el ordenamiento**. En el caso de la regulación *ex post* se atiende únicamente a restablecer el equilibrio jurídico potencialmente vulnerado, con posterioridad a la conducta del agente y con arreglo a las técnicas y los instrumentos propios del derecho común o general, en el caso de la preservación de la libre competencia. **La primera es propia del sistema específico de**

regulación, mientras que la segunda es la que se lleva a cabo mediante la aplicación del régimen de defensa de la competencia en general. La regulación para la competencia específica adquiere así un rasgo definitorio frente a la articulación del régimen general *ex post*. El problema radicará en deslindar los ámbitos correspondientes a cada uno de los dos sistemas, como tenemos manifestado en otro lugar y de indicar la prevalencia respectiva. El derecho europeo, en el nuevo marco regulatorio que surge de la Revisión 99 y de las Directivas aprobadas en el 2002, apunta claramente a la progresiva desaparición de la regulación *ex ante* y su sustitución por el tipo de regulación *ex post*.³ **(Énfasis de INDOTEL).**

60. Como bien explica el profesor Chillón Medina, en consonancia con la motivación ofrecida en la resolución recurrida, debe existir un objetivo marcado en el ordenamiento para tomar tales medidas. Se reitera que, la Resolución núm. 098-2021 no adopta medida alguna, solo identifica los mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante* en los ordinales SEGUNDO y TERCERO. Preciso es avanzar que esa verificación es común a la defensa general y especial del derecho de la competencia, por lo que resulta improcedente la negativa de CLARO a la determinación agotada por la resolución recurrida, porque a su entender, el vocablo *ex ante* y su significado concreto en la Resolución núm. 098-2021, es ajeno al ordenamiento jurídico dominicano y específicamente a la Ley núm. 153-98.
61. Por el contrario, el ordenamiento jurídico del sector de las telecomunicaciones dominicano sí contempla la posibilidad de establecer regulación *ex ante*, pues parte de las atribuciones que han sido encomendadas al **INDOTEL** se refieren precisamente a “regular” (Artículo 78 b) de la Ley núm. 153-98) los mercados en los que no existe una competencia efectiva y a “prevenir” la existencia de prácticas restrictivas y discriminatorias (artículo 78d), debido a la existencia de fallas de mercado.
62. Las fallas de mercado en el sector de las telecomunicaciones son usuales pues dicho sector se caracteriza por condiciones económicas idóneas para generar agentes con posición dominante, economías de alcance, costos hundidos, integración vertical y externalidades de red. Es por ello por lo que el ordenamiento le otorga al **INDOTEL** la potestad administrativa de, en los casos que sea necesario, intervenir mediante la regulación de los mismos, como instrumento para garantizar la competencia efectiva cuando fallan las reglas de libre mercado.
63. Sin embargo, **CLARO** llega a la conclusión de que las disposiciones invocadas en la Resolución núm. 098-2021 sólo aplican en el escenario *ex post*, es decir, una vez haya una investigación a solicitud de parte o de oficio por conducta anticompetitiva. En ese sentido, conviene recordar que los términos *ex ante* y preventivo no tienen significados lingüísticos distintos, sino que, por el contrario, tienen la misma vocación y se dirigen hacia el mismo objetivo.
64. El Tribunal Constitucional de la República Dominicana, mediante su sentencia identificada con el número TC/0027/12 de fecha 5 de julio del 2012, reconoció que “*las facultades reglamentarias de la administración pública autorizan al Estado a intervenir, incluso dictando*

³ Chillón Medina, José María *Curso virtual sobre derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información*. Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana. Documento elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. 2004

normas que garanticen la libre competencia y los niveles de precio, sin que ello implique violación a la libertad de empresa”.

65. En la Resolución núm. 098-2021 no se acude a la analogía como argumenta **CLARO**. La recurrente pretende desconocer la facultad *ex ante* claramente ordenada por el artículo 78 literal b) de la Ley núm. 153-98 antes citado, una previsión legal que directamente faculta al **INDOTEL** adoptar la decisión recurrida, junto a las demás previamente citadas en este acto y el recurrido. La Resolución núm. 098-2021 al describir los demás presupuestos de regulación *ex ante* para responder a **CLARO**, concesionaria que, hasta la consulta pública se negaba a reconocer la existencia de cualquier medida *ex ante* en el diseño de la Ley núm. 153-98.
66. La posición de **CLARO** parece ser distinta en esta coyuntura. Deja de ser extrema y pasa a reconocer que existen esos otros presupuestos legales de regulación *ex ante* en la Ley núm. 153-98 descritos en la resolución atacada. No obstante, intenta usar la explicación ofrecida por **INDOTEL** a su favor, para suponer que estos otros presupuestos son los que fundamentan la decisión adoptada. No es el caso y la motivación de la Resolución núm. 098-2021 es clara al respecto. Las tres decisiones adoptadas en su dispositivo tienen amplio fundamento en el acto del que dimanen y de manera especial en la disposición del citado artículo 78 literales b) y d) antes citados, así como en los procedimientos del Reglamento de Libre y Leal Competencia, una reglamentación que proviene de un acto administrativo cuya firmeza **CLARO** pretende ignorar.
67. Posteriormente, **CLARO** en su escrito repasa la vinculación positiva para las actuaciones administrativas de agencias reguladoras de telecomunicaciones en el derecho comparado (Págs. 17 y 18). Acude a esas fuentes extranjeras sugestivas, de precaria contribución para atacar el acto atacado fundamentado en una norma vigente en la jurisdicción dominicana, en el intento de demostrar que, no existe fundamentos para conferir legalidad a la Resolución núm. 098-2021. Esto a pesar de que la fuente directa, esto es, la Ley núm. 153-98 y sus normas complementarias, no dejan lugar a la interpretación a la que acude la recurrente.
68. Es importante hacer notar que **CLARO**, ensaya una interpretación del criterio de actuación que organiza el artículo 92, que, a decir de la recurrente, impide al **INDOTEL**, no solo tomar medidas *ex ante*, sino determinar mercados relevantes tema este último que ocupa a la resolución atacada. Sin embargo, prefiere analizarla a partir del Derecho Comparado, en lugar de ponderar el artículo 92 con las propias normas fundamentales de la Ley núm. 153-98. **CLARO** no toma en cuenta una norma en la cúspide del cuerpo normativo de la Ley núm. 153-98. Para comprender la correcta interpretación que ofrece la Resolución núm. 098-2021 del citado artículo, una vez más el **INDOTEL** ilustra a las recurrentes sobre el respeto a su seguridad jurídica durante el proceso de dictado del acto que recurren. A tales fines, es preciso recordar a ambas concesionarias que el artículo 3 a) de la Ley núm. 153-98 reafirma en su literal a) el servicio universal con la siguiente instrucción:

“Artículo .3- Objetivos de la ley. Los objetivos de interés público y social del dicho ordenamiento, a la luz de los cuales deberán interpretarse sus disposiciones, son los siguientes:

- a) *Reafirmar el principio del servicio universal a través de: i. La garantía, en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, de la posibilidad de acceso a un servicio mínimo y eficaz de telefonía, a precios asequibles, **mediante el libre***

funcionamiento de los mercados y la utilización de los mecanismos previstos por esta ley; ii. La satisfacción de la demanda de servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de libre competencia, asegurando la continuidad, generalidad, igualdad y neutralidad de dichos servicios; y iii. El libre acceso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de transparencia y de no discriminación por parte de los prestadores y usuarios de servicios de telecomunicaciones, los generadores y receptores de información y los proveedores y usuarios de servicios de información; (Énfasis de INDOTEL).

- 69.** En un entorno liberalizado y de interés público, como lo es el sector de las telecomunicaciones, la regulación suele ser el específico instrumento para garantizar una competencia efectiva. Así lo ha establecido la doctrina especializada al afirmar que “*en una economía de mercado, siempre que sea posible, estos servicios deben ser prestados por la libre iniciativa, en régimen de competencia. Esto no significa su desregulación. En la mayor parte de los casos, estas actividades están sujetas a una intensa intervención pública, que trata de asegurar la universalidad, calidad y continuidad del servicio, la asequibilidad del precio y los derechos de los consumidores*”⁴
- 70.** El libre funcionamiento de los mercados y la utilización de los mecanismos previstos por esta ley comparte un mismo rango normativo al seno del artículo 3, literal a), artículo primario de la definición del objetivo de la Ley núm. 153-98, esto es el servicio universal. Es así como la mínima regulación no significa ausencia de regulación. La libertad de los mercados en el diseño de la Ley núm. 153-98 no es plena o absoluta, como pretende **CLARO** desde el inicio de este proceso decisorio. El libre funcionamiento de los mercados y el uso de mecanismos reguladores previstos en la ley son dos normas de idéntica jerarquía en la pirámide o estructura normativa de la Ley núm. 153-98. Ciertamente la tensión favorece a la libertad, en virtud de lo que establece el artículo 92, en ocasión de la función reguladora del **INDOTEL**, siempre que esta sea más efectiva para alcanzar la finalidad de la Ley núm. 153-98. Empero, no elimina las potestades reglamentarias ordenadas en la Ley núm. 153-98 y menos aún decisorias ejecutivas como la recurrida, un primer paso para verificar la existencia o no de la competencia efectiva.
- 71.** El objetivo de la Ley núm. 153-98 es servicio universal, esto es, satisfacer la demanda. Esa meta ulterior con carácter de orden público y social se procura liberando al mercado cuando sea lo más efectivo; y, ejerciendo funciones regulatorias mínimas, cuando sean necesarias. Desde cualquier perspectiva legal y constitucional, la decisión adoptada goza, no solo de plena juridicidad sin menoscabar en modo alguno el derecho a la seguridad jurídica de la inversión.
- 72.** Lejos de sorprender a las concesionarias, el **INDOTEL** le informa a la oferta en qué modo se identifican los mercados relevantes, una constatación ejecutiva y legítima, propia de un órgano regulador regido por un Principio de Competencia. Comunica a las prestadoras y al mercado en sentido general, una información útil en ocasión a futuras decisiones o medidas. Las concesionarias, agentes económicos que operan en un mercado sujeto a las leyes de la libre y leal competencia, deben reconocer y respetar desde las disposiciones centrales de la Ley núm. 153-98, el alcance de las potestades del **INDOTEL**, así como las específicas citadas en el presente acto y el recurrido.

⁴ Laguna de Paz, José Carlos, “Derecho Administrativo Económico”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, p. 252

- 73.** El Principio de Competencia tiene una función social de proporcionar seguridad jurídica al sistema económico a nivel constitucional. Desde esa perspectiva, vendría a representar una fuente de certeza jurídica no solo para el sistema económico general, sino para quiénes, por distintos roles, se desempeñan en éste -empresarios y consumidores⁵. Negar la posibilidad de que el **INDOTEL** pueda determinar mercados relevantes, un procedimiento ordinario establecido por el Reglamento de Libre y Leal Competencia, un acto administrativo firme, y por demás, un paso *sine qua non* para comprobar la competencia efectiva de manera preventiva, como lo dispone el artículo 78, en sus literales b y d, de la Ley núm. 153-98 que expresamente ordena al organismo prevenir y perseguir prácticas anticompetitivas, es una interpretación contraria al Principio de Competencia configurado en la Ley núm. 153-98 y en la Constitución de la República Dominicana.
- 74.** A pesar de que todavía el **INDOTEL** no ha adoptado medidas de esa categoría, lejos de sorprender a las administradas, y afectar de ese modo su derecho a la seguridad jurídica y confianza legítima, repasa en el acto recurrido, en beneficio de las prestadoras el contenido literal y sistemático de la Ley núm. 153-98, así como sus leyes y reglamentación complementaria, cuerpo normativo que establece la importancia de identificar mercados relevantes del sector regulador por el **INDOTEL** como al efecto y únicamente hizo.
- 75.** Respecto de la invocación de **CLARO** a una opinión a decir de la recurrente perteneciente Procompetencia, evacuada para otro procedimiento consultivo distinto al que culmina con el acto recurrido, se responderá más adelante.
- 76.** Además de improcedente, por falta de base legal, el argumento de **CLARO** de presunta ilegalidad del acto recurrido es extemporáneo, pues el **INDOTEL** no ha adoptado una medida *ex ante* con su dictado, ni está vinculada por las consideraciones hechas por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) respecto del anteproyecto de Ley TIC citadas por **CLARO**. ¿Se puede recurrir por ilegal medida desconocida y eventual? Naturalmente que no. Como bien señala el profesor Chillón Medina *existen medidas ex ante oportunas y deben ser las mínimas*. No obstante, estas no están comprendidas en el dispositivo del acto atacado. No existen todavía.
- 77.** Para concluir, **CLARO**, repite una y otra vez que el **INDOTEL** no tiene la plena facultad de determinación de manera previa de los mercados relevantes alegando violación al principio de legalidad, sin embargo, la prestadora no basa su argumento en fundamentos legales, puesto que no ha podido añadir ningún artículo de ley o del reglamento que establezca la incompetencia del **INDOTEL** en determinar los mercados relevantes.
- 78.** Por todo lo anterior, los argumentos de **CLARO** sobre presunta ilegalidad por supuesto impedimento de **INDOTEL** a adoptar medidas *ex ante*, que afectan a los numerales SEGUNDO y TERCERO del dispositivo de la resolución recurrida son rechazados por este Consejo Directivo.

b) Inobservancia de las disposiciones aplicables de las leyes números 42-08 y 107-13

- 79.** **CLARO** especifica que la Resolución núm. 098-2021 es nula de pleno derecho al no cumplir con las disposiciones del artículo 20 de la Ley núm. 42-08 y el artículo 16 del Reglamento de aplicación de dicha Ley, así como del artículo 31.5 de la Ley núm. 107-13 relativo al procedimiento de dictado de actos reglamentarios de entes reguladores relacionado a

⁵ Echandi Gurdíán, *Ibidem*.

materia de competencia y la obligación de colaboración entre órganos y entes públicos. Según **CLARO** la inobservancia de las disposiciones del artículo 20 de la Ley núm. 42-08, 16 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08 y 3.5 de la Ley núm. 107-13 hace la Resolución núm. 098-2021 nula.

80. CLARO establece que la propia Ley núm. 107-13 consagra de manera expresa que el no respeto a la colaboración entre órganos precisado por el artículo 31.5 conlleva la nulidad absoluta de la actuación administrativa. al respecto el párrafo II del artículo 30 dispone:

“Párrafo II. Por razón de la jerarquía normativa o por motivos sustantivos, serán nulas de pleno derecho las normas administrativas, los planes o programas aprobados por la Administración que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Debido al procedimiento, incurrirán en nulidad de pleno Derecho la infracción o desconocimiento de los principios o reglas que resulten de aplicación, que se regulan en el Artículo 31.”

81. CLARO alega la violación al principio de interdicción de la arbitrariedad que deja sin legitimidad la decisión del **INDOTEL**, Art. 3.4 de la Ley 107-13, queriendo establecer que hay un error en la metodología utilizada en la Resolución núm. 098-2021, informar de mercados susceptibles a regulación no es lo mismo que declarar mercados sujetos a regulación.

82. CLARO expresa tener razones que justifican que el **INDOTEL** reconsidere la Resolución núm. 098-2021 dadas las trasgresiones a la Ley y la Constitución por aspectos previos al fondo mismo de la resolución que es la determinación de los mercados relevantes, y que van a detallar las razones por las que en el hipotético escenario de que se cuente con facultades para ello, de que se cumplieron con todos los aspectos formales en el fondo, el **INDOTEL** ha cometido errores al momento de concluir con la determinación de los diferentes mercados relevantes que hacen igualmente anulable su decisión.

83. Según **CLARO** lo primero es observar que el Estudio **COWI** informa al **INDOTEL** de los mercados susceptibles de ser regulados *ex ante*, por lo que es un error que la resolución 098-2021 los declare como “mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*” en el sector de las telecomunicaciones.

84. CLARO establece que la constitución otorga al Estado la facultad indelegable de regular o establecer medidas necesarias en las actividades económicas para regular el funcionamiento efectivo de los mercados y la estabilidad de una economía de mercado abierta.

85. Para **CLARO** el fundamento de la facultad de establecer regulaciones a las actividades económicas previstos en el artículo 50 de la Constitución de la Republica Dominicana (Derecho Fundamental de la Libertad de Empresa) surge de la necesidad de responder, de manera preventiva y sancionadora, a los efectos nocivos de los monopolios y los abusos de posición de dominancia, con el objeto de garantizar el derecho a la competencia libre y leal para todos los participantes en una economía, productores y usuarios (o consumidores) intermedios y finales.

86. Según **CLARO** el ejercicio de tales facultades regulatorias debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 147 de la constitución, el cual consagra como facultad exclusiva del Estado la

regulación de los servicios públicos y que estos deben responder a los principios de universalidad accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria. En particular, el principio de razonabilidad.

- 87. CLARO** destaca que, en la mayoría de los marcos legales aplicables al sector de las telecomunicaciones, las regulaciones son de aplicación *ex post*, la acción regulatoria se lleva a cabo una vez que se ha revelado una falla o distorsión del mercado. Reitera, esa es la forma de intervención que debe mantenerse actualmente en el mercado de las telecomunicaciones de la República Dominicana.
- 88.** Alega **CLARO** que la regulación *ex post* implica la identificación de si cierto efecto nocivo o negativo sobre la competencia ha ocurrido como consecuencia de un monopolio o del abuso de una posición de dominio.
- 89.** Para **CLARO** contrario a lo anterior las regulaciones *ex ante* resultan de identificar los problemas de competencia antemano y se diseñan para tomar los incentivos y el comportamiento de los prestadores de servicio de telecomunicaciones. Esto es que los regímenes *ex ante* ordenan a los prestadores de servicios de telecomunicaciones cómo comportarse “o qué hacer”, mientras que en la regulación *ex post* los reguladores les dicen “que no hacer” al describir las situaciones que la sociedad quiere evitar. Estas últimas solo se aplican en caso de una violación comprobada con evidencia y a través de procedimientos sujetos a los principios de legalidad, incluido el debido proceso y el derecho de defensa, y de certeza jurídica.
- 90. CLARO** concluye que los razonamientos anteriores explican por qué el proceso metodológico para definir los mercados susceptibles de ser regulados no es equivalente del estándar para establecer los mercados sujetos a regulación *ex ante*. Es decir, el establecimiento de una regulación *ex ante* no debe estar sujeta al mismo tipo de análisis que aplica el regulador para determinar su intervención *ex post* toda vez que son situaciones diferentes donde distintas situaciones de las condiciones de competencia son evaluadas.

En respuesta a CLARO sobre la nulidad del acto por inobservancia de las disposiciones aplicables de la Ley núm. 42-08 y la Ley núm. 107-13.

- 91.** La Constitución de la República Dominicana en su artículo 147 se refiere a la finalidad de los servicios públicos, estableciendo que esta radica en la satisfacción de las necesidades de interés colectivo, y disponiendo en su numeral 3 que: “La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. La Ley podrá establecer que la regulación de estos servicios y de otras actividades económicas se encuentren a cargo de organismos creados para tales fines.”
- 92.** A tal fin la Ley núm. 153-98 es aquella que sea crea para regular el sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana.
- 93.** La Ley Orgánica de la Administración Pública, núm. 247-12 tiene por objeto concretizar los principios rectores y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, así como las normas relativas al ejercicio de la función administrativa por parte de los órganos y entes que conforman la Administración Pública del Estado.
- 94.** Esa Ley establece en su artículo 2, que la función administrativa comprende toda misión, competencia o actividad de interés general, otorgada conforme al principio de Juridicidad

para regular, diseñar, aprobar, ejecutar, fiscalizar, evaluar y controlar políticas públicas o suministrar servicios públicos, aunque éstos tengan una finalidad industrial o comercial y siempre que no asuman un carácter legislativo o Jurisdiccional.

95. El Artículo 50 de la referida ley establece que los organismos autónomos y descentralizados son entes administrativos provistos de personalidad jurídica de derecho público o privado, distinta de la del Estado y dotados de patrimonio propio, autonomía administrativa, financiera y técnica, con las competencias o atribuciones específicas que determine la ley que los crea.

96. Expresamente su Artículo 55 define el Concepto de Competencia como el conjunto de facultades y responsabilidades asignadas a cada órgano o entidad pública para el cumplimiento de sus atribuciones.

97. Es relevante señalar que la Ley Orgánica de la Administración Pública, núm. 247-12, dispone en su artículo 12 entre los Principios lo siguiente:

(...) Principio de juridicidad. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de juridicidad, por el cual la asignación, distribución y ejecución de las competencias de los entes y órganos administrativos se sujeta a lo dispuesto por la Constitución, las leyes y los reglamentos dictados formal y previamente conforme al derecho. (...)

(...). Principio de competencia. Toda competencia otorgada a los entes y órganos que conforman la Administración Pública comprende una facultad de actuar y una obligación de ejercerla bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente. La competencia será irrenunciable, indelegable e improrrogable, salvo los casos de delegación y avocación. (...)

98. La Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, constituye el marco regulatorio básico aplicable en todo el territorio nacional para la instalación, mantenimiento, operaciones de redes, prestación de servicios y provisión de equipos de telecomunicaciones, y cuya interpretación debe ser realizada conforme los convenios internacionales ratificados por la República Dominicana y complementada con los reglamentos y normas que dicte el **INDOTEL** al respecto.

99. En este sentido, el literal “b” del artículo 84 de la ley previamente mencionada, expresamente establece entre las funciones del Consejo Directivo del **INDOTEL** “dictar reglamentos de alcance general y normas de alcance particular, dentro de las reglas y competencias fijadas por la presente ley y manteniendo el criterio consultivo de las empresas prestadoras de los diversos servicios públicos regulados y de sus usuarios”.

100. Así mismo el literal “m” de este mismo artículo indica que el Consejo Directivo podrá tomar cuantas decisiones sean necesarias para viabilizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley.

101. El Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución del Consejo Directivo núm. 022-05 con modificaciones realizadas por la Resolución núm. 078-19 incluye dentro de sus objetivos:

a. Garantizar, promover y regular la libre competencia; el acceso a los mercados; la variedad de precios y calidades; la innovación tecnológica de productos y servicios; la libre elección de prestadoras y revendedoras y servicios; los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, así como la prestación transparente, general, continua y eficiente de los servicios de telecomunicaciones.

b. Procurar que los servicios de telecomunicaciones se presten en un ambiente de competencia efectiva, leal y sostenible en el tiempo, de conformidad con las definiciones contenidas en la Ley.

c. Prohibir, impedir, corregir y sancionar la realización de Prácticas Restrictivas de la Competencia, incluidas las de Abuso de Posición Dominante, las Prácticas de Competencia Desleal y las Concentraciones Económicas en el Sector de las Telecomunicaciones que comporten una indebida restricción de la competencia libre, leal y efectiva.

102. Así mismo este Reglamento indica en su artículo 5 que en desarrollo de las facultades que le confiere la Ley, el **INDOTEL** ejercerá las siguientes funciones y facultades para la correcta aplicación de las normas sobre libre y leal competencia, además de otras que se señalen más adelante en este Reglamento, en la Ley y en las demás normas aplicables:

a. Promover la participación en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones de prestadoras y revendedoras de telecomunicaciones con capacidad para desarrollar una competencia libre, leal, efectiva y sostenible en el tiempo, que se traduzca en una mejor oferta en términos de precios, calidad del servicio e innovación tecnológica.

b. Investigar, prevenir, corregir y sancionar las prácticas restrictivas y desleales de la competencia en la forma prevista en la Ley, en este Reglamento y en las demás normas aplicables.

d. Determinar o definir, en casos concretos, el mercado relevante de un determinado producto o servicio.

e. Determinar los casos en que las empresas o personas a las que se aplica el presente Reglamento tienen posición dominante en un mercado de telecomunicaciones y vigilar su comportamiento con el fin de impedir, corregir y sancionar cualquier conducta que constituya abuso de dicha posición en el mercado.

f. Establecer, en casos concretos, la existencia de prácticas restrictivas a la competencia, que impidan o limiten la existencia en el mercado de condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva y sostenible, a los fines de fijar tarifas para los mismos, de conformidad con los parámetros de costos y procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de Costos y Tarifas de los Servicios.

g. Evaluar las condiciones y grado de competencia efectiva en los servicios de telecomunicaciones de la República Dominicana, cuando lo estime conveniente, con el fin de detectar barreras de entrada en las condiciones de acceso a redes y servicios, abusos de posición dominante, prácticas comerciales de competencia desleal, y cualquier otra práctica que restrinja o impida el objetivo establecido en el artículo 2 de este Reglamento.

- 103.** Cabe resaltar que en el Artículo 2.1 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución núm. 022-05 en cuanto al contenido y objeto expresa: que él se aplica en concordancia con las normas establecidas en la Constitución, la Ley y demás instrumentos legales y normativas aplicables, así como con los Compromisos Específicos sobre Telecomunicaciones Básicas adquiridos por la República Dominicana con la Organización Mundial de Comercio (OMC), para lograr principalmente los siguientes objetivos:
- a. Garantizar, promover y regular la libre competencia; el acceso a los mercados; la variedad de precios y calidades; la innovación tecnológica de productos y servicios; la libre elección de prestadoras y revendedoras y servicios; los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, así como la prestación transparente, general, continua y eficiente de los servicios de telecomunicaciones.
 - b. Procurar que los servicios de telecomunicaciones se presten en un ambiente de competencia efectiva, leal y sostenible en el tiempo, de conformidad con las definiciones contenidas en la Ley.
 - c. Prohibir, impedir, corregir y sancionar la realización de Prácticas Restrictivas de la Competencia, incluidas las de Abuso de Posición Dominante, las Prácticas de Competencia Desleal y las Concentraciones Económicas en el Sector de las Telecomunicaciones que comporten una indebida restricción de la competencia libre, leal y efectiva.
 - d. Mejorar la eficiencia del sector de las telecomunicaciones y la administración del espectro radioeléctrico, en cumplimiento de la Ley núm. 153-98 y los compromisos internacionales asumidos por el Estado dominicano para dicho sector.
- 104.** Sin perjuicio de otras formas de protección de la libre y leal competencia, ese Reglamento se aplicará a todas las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y sus revendedores de servicios, en particular en sus relaciones de acceso a las redes y a la infraestructura indispensables para la prestación de estos servicios.
- 105.** Frente a las observaciones sobre el marco legal para regulación *ex ante*, en la aplicación de las disposiciones contenidas en la Constitución Dominicana, el numeral 3 del artículo 147, establece que: “La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado. Por lo cual, a través de Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, el Estado ha delegado en el **INDOTEL** la regulación y supervisión del desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- 106.** A efecto de derivar una supuesta nulidad de la resolución recurrida, **CLARO** invoca el artículo 20 de la Ley núm. 42-08, General de Defensa a la Competencia, intitulado *Relación con otros entes reguladores del mercado*. Según la prestadora, el **INDOTEL** obvió esa norma que le era aplicable para el dictado de la Resolución núm. 098-2021, porque según **CLARO** también, la resolución recurrida es una decisión reglamentaria.
- 107.** La opinión de **CLARO** resulta aislada e inadmisibles, pues ni siquiera muestra evidencia eficaz de que la Procompetencia la comparte. Dicho órgano ha tenido más de una ocasión, para participar en este proceso, si así lo hubiese entendido, pero no lo hizo. Lo pudo haber

hecho desde la publicación de la Resolución núm. 047-2020, que presentó el estudio de **COWI**; o, en ocasión de la consulta pública ordenada mediante la Resolución núm. 076-2021; o, en ocasión de la extensión a la consulta ordenada por la Resolución núm. 085-2020. Tampoco se aproximó al **INDOTEL** en ocasión de la audiencia pública celebrada en fecha 20 de septiembre del 2021. Finalmente, Procompetencia pudo haberse manifestado al **INDOTEL** en el plazo para recurrir la Resolución núm. 098-2021, pero tampoco lo hizo.

- 108.** Vale mencionar que, esta última oportunidad y en las previas mencionadas, fueron anunciadas por el **INDOTEL** a través de diarios de circulación nacional y su página web, cumpliendo ampliamente con el principio de publicidad de actuaciones administrativas y con el procedimiento de dictado de actos ordenado por la legislación correspondiente. En ninguna de esas cinco oportunidades la agencia nacional de competencia consideró necesario intervenir en el proceso de identificación de mercados relevantes sujeta a regulación *ex ante* llevada a cabo por el organismo regulador sectorial de las telecomunicaciones; y no lo hizo porque la atribución para determinar los mercados relevantes en el sector de las telecomunicaciones ha sido expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico dominicano al **INDOTEL**.
- 109.** Como hemos indicado, los artículos 78 de la Ley núm. 153-98, y los artículos 2 y 5 del Reglamento de Libre y Leal Competencia reconocen al **INDOTEL** las facultades de: (i) regular aquellos servicios en los que la ausencia de competencia resulte perjudicial al usuario; (ii) prevenir y corregir prácticas anticompetitivas o discriminatorias, con arreglo a dicha ley y sus reglamentaciones; (iii) Procurar que los servicios de telecomunicaciones se presten en un ambiente de competencia efectiva, leal y sostenible en el tiempo, de conformidad con las definiciones contenidas en la Ley; (iv) Determinar o definir, en casos concretos, el mercado relevante de un determinado producto o servicio; (v) Determinar los casos en que las empresas o personas a las que se aplica el presente Reglamento tienen posición dominante en un mercado de telecomunicaciones y vigilar su comportamiento con el fin de impedir, corregir y sancionar cualquier conducta que constituya abuso de dicha posición en el mercado; y, (vi) Establecer, en casos concretos, la existencia de prácticas restrictivas a la competencia, que impidan o limiten la existencia en el mercado de condiciones suficientes para asegurar una competencia efectiva y sostenible, a los fines de fijar tarifas para los mismos, de conformidad con los parámetros de costos y procedimientos establecidos en la Ley y el Reglamento de Costos y Tarifas de los Servicios.
- 110.** Por otra parte, el Reglamento de libre y leal competencia, a través de su artículo 1, detalla los criterios a seguir por el **INDOTEL** para la identificación y análisis de los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones. Por tanto, es el **INDOTEL** el órgano competente para determinar y analizar los mercados relevantes en dicho sector, con el objeto de determinar si los mismos se desarrollan en un entorno de competencia efectiva, identificar en su caso a los operadores que poseen posición dominante en dichos mercados, e incluso intervenir en la fijación de tarifas.
- 111.** Como se observa, el accionar desarrollado por este órgano regulador de las telecomunicaciones responde al ejercicio de una potestad legal derivada de los artículos 147 de la Constitución, 76,77 y 78 de la Ley núm. 153-98 y 2 y 5 del Reglamento de Libre y Leal competencia para el sector de las telecomunicaciones anteriormente citados. No cabe posibilidad pues, de desconocer dichas atribuciones, las cuales legitiman la actuación e intervención de este órgano regulador de las telecomunicaciones.

- 112.** No conforme, **CLARO** intenta otros tres argumentos inviables para forzar una supuesta nulidad del acto atacado: a) afirma que la Resolución núm. 098-2021 es un reglamento; a tales fines, b) utiliza una disposición contemplada en el Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08; y, por último, c) invoca una comunicación de Procompetencia, por demás remitida para un proceso de consulta público distinto, en la que su pasada presidente emite una opinión particular y muy general sobre las potestades de **INDOTEL**. A continuación, el **INDOTEL** responde cada uno de esos argumentos.
- 113.** La Resolución núm. 098-2021 no es un reglamento en el entendido de que no está dirigida al universo de usuarios nacionales, sino a un número específico de operadoras, pero, sobre todo, no es permanente en el tiempo, sino que establece su vigencia de manera temporal como así establece su dispositivo tercero. El acto recurrido es una decisión ejecutoria y no de juicio, dotado de presunción de validez, y fuerza de obligar.
- 114.** Como explica Benoit citado por Ramón Hernández Parada⁶, actos como el atacado “lleva a definirlos como aquellas resoluciones de la Administración que tienen valor por la sola voluntad de la autoridad investida de la competencia y que están sometidas al control administrativo.”
- 115.** Lo anterior no quiere decir que la decisión ejecutoria del acto recurrido es discrecional. Por el contrario, se trata de un acto reglado, lo que obligó a su debida motivación basada en las normas y procedimientos de la Ley núm. 153-98 y el Reglamento de Libre y Leal Competencia que gobiernan esa toma de decisión. Por último, es un acto confirmatorio de los trabajos de identificación de mercados relevantes solicitada a la consultora **COWI**, y revisados para su versión definitiva por el Consejo Directivo del **INDOTEL**. Para mayor garantía de transparencia y participación, resuelve esta decisión luego de la consulta pública que dio la oportunidad a las prestadoras a emitir opiniones no vinculantes previo a su dictado.
- 116.** Determinar cuáles serían los mercados relevantes para una futura medida *ex ante*, no es reglamentar o juzgar como pretende **CLARO** para sugerir que la ausencia de una opinión de Procompetencia hace al acto nulo. Es una decisión ejecutiva preceptiva que contiene un informe ordenado por el órgano administrativo competente en la materia. El Derecho Administrativo considera perfectamente legítima la capacidad para solicitar informes a terceros (peritos, técnicos o expertos) a los que se le reconoce un conocimiento experto como en la especie.
- 117.** Como explica José Esteve Pardo, “el informe es preceptivo si es exigido por las normas reguladoras del procedimiento, pero ello no quiere decir que sea preceptivo seguir sus indicaciones”.⁷ Lo que hace vinculante la determinación de mercados relevantes para regulación *ex ante*, es la ponderada aprobación que ha hecho este Consejo Directivo a lo largo del proceso que finalizó con la resolución recurrida.
- 118.** En desarrollo de lo que acabamos de exponer, cabe subrayar que este ejercicio se realiza de manera singularizada con la finalidad principal de determinar las condiciones de competencia efectiva existentes en los distintos mercados mayoristas y minoristas del sector de las telecomunicaciones y supervisar el funcionamiento de los mismos, así como la actividad de los prestadores de servicios que participan en estos, para preservar, promover

⁶ Parada, Ramón, “Derecho Administrativo I, Parte General, Décimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, Pág. 101

⁷ Esteve Pardo, José. Lecciones de Derecho Administrativo, (Tercera Edición), Marcial Pons, Pág.178

y garantizar condiciones de competencia efectiva en los mismos, conforme el mandato de la Ley núm.. 153-98.

119. Por otro lado, **CLARO**, en su intento de insistir en la nulidad del acto, por no haberse consultado a Procompetencia, invoca el Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, un texto que fue publicado mediante el decreto presidencial núm. 252-20 dictado el 17 de julio del 2020.

120. Mientras el artículo 20 de la Ley núm. 42-08 limita el deber de consulta del órgano regulador sectorial en ocasión del dictado de *reglamentos o para resolver procesos administrativos sancionadores planteados ante otros entes reguladores del mercado diferentes a la Comisión*, el artículo 16 del Reglamento de Aplicación de la Ley núm. 42-08, la disposición reglamentaria invocada por **CLARO**, por demás muda en motivaciones, extiende la potestad de intervención de Procompetencia *hasta cualquier acto administrativo de carácter general*.

121. El Tribunal Constitucional dominicano, mediante su sentencia TC/0032/12 de fecha 15 del mes de agosto del año 2012, ha establecido que “todo reglamento debe limitarse a aclarar u ordenar el contenido de la ley, pero nunca crear situaciones nuevas no previstas en los textos legales”.

122. Finalmente, **CLARO** acude a una porción del texto de la comunicación PR-IN-2021-0382, firmada por la entonces presidente de Procompetencia, respecto de un procedimiento de consulta pública distinto al que culminó con la resolución recurrida, para tildar a esta última de nula, porque a decir del contenido de esa comunicación, **INDOTEL** no tiene facultades para regular *ex ante*.

123. Sin embargo, al margen de que dicha opinión fue emitida en el marco de un proceso de consulta público distinto, debemos recordar que las opiniones de Procompetencia no solo no son vinculantes para el **INDOTEL**, en virtud de lo que establece el artículo 20, sino que, además, deben ser rendidas tomando en cuenta primero, el régimen de la Ley núm. 153-98 y solo subsidiariamente el de la Ley núm. 42-08, como advierte el párrafo III del mismo artículo:

“**Artículo 20, Párrafo III** de la Ley núm. 42-08. En los casos señalados en los párrafos precedentes, tanto la Comisión como el ente regulador actuante, deberán aplicar de manera principal, el derecho de la competencia establecido en normativa especial que rige al ente regulador actuante y con carácter supletorio, en el caso de que la primera resulte silente, oscura o ambigua, se aplicará la normativa prevista en la presente legislación general.”

124. Finalmente, aunque es evidente que a **INDOTEL** no le es aplicable el citado artículo 20 de la Ley 42-08 porque no estamos frente al dictado de un reglamento o para resolver un proceso administrativo sancionador, debemos tener presente el Párrafo II del artículo 14 de la Ley 107-13, citado a continuación:

“Párrafo II. **Los meros defectos de forma, de competencia o de procedimiento, o el incumplimiento de plazos que no determinen caducidad o prescripción no presuponen necesariamente la anulabilidad de los actos**, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidades a los servidores públicos

incumplidores de formas o tiempos. En particular, cuando la decisión de la Administración resulte materialmente correcta, **los defectos de forma o de procedimiento no acarrear su anulabilidad**, salvo que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados” (**resaltado de INDOTEL**).

- 125.** En el caso que nos ocupa, no estamos frente a requisitos indispensables para alcanzar el fin de la resolución atacada porque ni siquiera es aplicable esa disposición legal invocada por **CLARO** en su recurso, y en adición, durante todo el proceso se ha respetado el derecho de defensa de todos los interesados a través de las formalidades propias del debido proceso.
- 126.** Con lo anteriormente expuesto queda establecido que el **INDOTEL** actuó apegado a la legalidad, apoyado en la facultad que le otorga la Constitución de la República Dominicana, y en cumplimiento a la Ley núm. 153-98, y los Reglamentos emanados del consejo Directivo.
- 127.** En vista de todo lo anterior, es evidente que el conjunto de alegatos presentados por **CLARO** para supuestamente demostrar que la resolución recurrida es un reglamento y que, por tanto, la ausencia de la opinión no vinculante de Procompetencia previo a su dictado la hace nula, carece de base legal, y, por ende, se rechaza.

c) Violación al principio de interdicción de la arbitrariedad

- 128.** Argumenta **CLARO** que la violación al principio de interdicción de la arbitrariedad deja sin legitimidad la decisión del **INDOTEL** contenida en la Resolución núm. 098-2021 (Principio de Racionalidad, Artículo 3.4 de la Ley núm. 107-13) y que hay un error en la metodología utilizada en la Resolución núm. 098-2021 ya que informar de mercados susceptibles a regulación no es lo mismo que declarar mercados sujetos a regulación.
- 129.** **CLARO** argumenta que, el Estudio **COWI** contiene una serie de errores, siendo uno de ellos uno de los principios fundamentales que deben sustentar toda actuación administrativa, el principio de interdicción de la arbitrariedad, y que nuestra regulación lo recoge a través del artículo 3.4 de la Ley núm. 107-13. Nos referimos al principio de racionalidad, “que se extiende a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa. La Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego de acuerdo con la buena gobernanza democrática”.
- 130.** Según **CLARO** este estudio de **COWI** informa al **INDOTEL** de los mercados susceptibles de ser regulados *ex ante*, por lo que es un error que la Resolución núm. 98-2021 los declare como “mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*” en el sector de las telecomunicaciones.
- 131.** **CLARO** indica que, el Estado establece funciones de regulación en las actividades económicas, conforme lo previsto en el artículo 50 de la Constitución de la República Dominicana, el ejercicio de tales facultades regulatorias, debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 147 constitucional, el cual consagra como facultad exclusiva del Estado la regulación de los servicios públicos, y que estos deben responder a los principios de universalidad, accesibilidad, eficiencia, transparencia, responsabilidad, continuidad, calidad, razonabilidad y equidad tarifaria. En particular el principio de razonabilidad.

132. CLARO argumenta que, en la mayoría de los marcos legales aplicables al sector de las telecomunicaciones, las regulaciones son de aplicación *ex post*. Debiendo ser la forma de intervención que debe mantenerse en el mercado actualmente, esto implica la identificación de si cierto efecto nocivo o negativo sobre la competencia ha ocurrido como consecuencia de un monopolio o del abuso de una posición de dominio. Para identificar lo anterior las autoridades reguladoras pueden reunir información de todos los agentes del mercado (tomando en cuenta la oferta y la demanda) dentro de la misma actividad económica. Cumpliendo el debido proceso y bajo el respeto a las garantías de legalidad y certeza jurídica.

133. Contrario a lo anterior, según **CLARO**, las regulaciones *ex ante* resultan de identificar los problemas de competencia de antemano y se diseñan para normar los incentivos y el comportamiento de los prestadores de servicios de telecomunicaciones, ordenando cómo comportarse y “qué hacer”, mientras que en el *ex post* los reguladores dicen “qué no hacer”.

134. Dado que las acciones *ex post* siempre se llevan a cabo sobre un caso concreto, para **CLARO** se presenta evidencia suficiente para demostrar las externalidades negativas y los costos de un fallo del mercado. Por el contrario, *ex ante* ocurre cuando el regulador predice tales eventos de antemano y, por tanto, en ausencia de información adecuada y suficiente, es propenso a errores y sesgos. El establecimiento de una regulación *ex ante* no debe ser sujeta al mismo tipo de análisis que aplica el regulador para determinar su intervención *ex post* toda vez que son situaciones diferentes donde distintas situaciones de las condiciones de competencia son evaluadas.

135. Para **CLARO** las consideraciones, conclusiones y” metodologías susceptibles de regulación *ex ante*” para la definición de mercados le dice **COWI** al **INDOTEL**, debe entenderse dentro de la práctica de la Unión Europea, la cual se explica como sigue:

“Las recomendaciones de intervención en mercados de telecomunicaciones diseñadas por CE son una herramienta de análisis y medición del nivel de competencia. Las recomendaciones incluyen una metodología que involucra tópicos especializados de la regulación de estos servicios en coherencia con los principios de legislación de la competencia (CRT, 2008).

Las Directrices, Recomendaciones y Lineamientos Guía de la CE orientan a las Autoridades Nacionales de Reglamentación – ANR de cada país miembros, en el proceso de analizar y evaluar el Poder Significativo de Mercado –PSM, de las empresas que ostentan esta característica dentro de mercados relevantes definidos. En particular, las Directrices establecen los principios y criterios que las ANR deben considerar para realizar una coherente aplicación del marco regulador vigente y sus metodologías (UE. 2002)”

136. A mayor referencia **CLARO** establece que, en 2014 y 2020 la misma Comisión Europea se ha pronunciado bajo el siguiente rubro:

“Recomendaciones de la Comisión, de 9 de octubre de 2014, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas Texto pertinente a efectos del EEE”; y

“RECOMENDACIÓN (UE) 2020/2245 DE LA COMISIÓN de 18 de diciembre de 2020 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las telecomunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas”.

137. **CLARO** establece que, estas recomendaciones tienen el propósito descrito en el artículo 15, apartado 1, 3; ARTICULO 16, apartado 3, de la Directiva 2002/21/CE, que constituyen el marco legal de la Unión Europea. Las Recomendaciones de 2014 consideradas en el Estudio de **COWI**, especifica la disposición legal que establece tal facultad específica y aquellas que señalan sus consecuencias jurídicas (i.e. no obligatorias, sino referencias).

138. Para **CLARO** ante un cambio en el marco legal de la Unión Europea, La Recomendación 2020 adecua las referencias a las disposiciones que fundamentan su emisión y sus alcances o consecuencias:

“(5) El artículo 64, apartado 1, del Código [Europeo de las Comunicaciones Electrónicas] exige a la Comisión enumerar los mercados dentro del sector de las comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones reglamentarias de conformidad con los principios del Derecho de la competencia. Por consiguiente, en la presente Recomendación se utilizan los principios del Derecho de la competencia para definir los mercados pertinentes de productos en el sector de las comunicaciones electrónicas.

(...)

7) De conformidad con el artículo 67, apartado 1, del Código, la imposición de obligaciones reglamentarias ex ante solo puede justificarse en mercados que cumplan acumulativamente los tres criterios mencionados en el artículo 67, apartado 1, letras a), b) y c). La presente Recomendación comprende los mercados de productos y servicios que la Comisión, tras observar las tendencias generales de la Unión halló que cumplían los tres criterios. Por lo tanto, la Comisión considera que estos mercados tienen características que pueden justificar la imposición de obligaciones reglamentarias al menos en algunas zonas geográficas y durante un periodo previsible. Debe corresponder a las autoridades nacionales de reglamentación examinar en sus análisis de estos mercados si se cumplen los requisitos suplementarios establecidos en el artículo 67, apartado 2”.

139. En sus argumentos **CLARO** expone que, en la revisión de la Recomendación de 2020 puede verificarse que los mercados pertinentes (o relevantes) del sector de comunicaciones no quedan sujetos a regulación ex ante, sino que solo pueden ser objeto de regulación *ex ante* cuando la autoridad nacional, realiza una evaluación específica del mercado y determina que procede la imposición de una regulación.

140. En base a lo antes expuesto, para **CLARO** resulta conceptual, legal y metodológicamente erróneo el uso del Estudio de **COWI** para emitir la Resolución núm. 098-2021, porque existe un vicio de legalidad ya que el estándar legal y analítico para identificar un Mercado susceptible de (i.e. que puede) ser regulado no es el mismo a uno que queda “sujeto a regulación ex ante”. Es decir, a pesar de hacer referencias a regulaciones del derecho comparado, las mismas han sido implementadas de forma errónea. La regulación de la Unión

Europea para la determinación de regulación *ex ante* que ha sido utilizada como justificación del Estudio **COWI** contiene una serie de pasos y procedimientos metodológicos que en este caso particular no han sido implementados.

- 141.** Contrario a lo expuesto por **CLARO**, tal y como se desprende de la lectura del acto atacado, el estudio para la identificación de los mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante* en el sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana, elaborado por **COWI** a requerimiento del **INDOTEL** ha seguido una metodología robusta y alineada con las mejores prácticas internacionales observadas. A manera de referencia, se destacan países de la Región como Colombia, México y Costa Rica que han implementado este tipo de enfoques metodológicos para la adopción de medidas regulatorias pro-competencia (*ex ante*) con la finalidad de corregir las fallas de mercado y los problemas de competencia identificados.
- 142.** Con miras a asegurar los más altos estándares de calidad en cuanto a la metodología para el desarrollo de los estudios y la misma ejecución de dicha metodología, el **INDOTEL** ha sido acompañado y asesorado técnicamente por la Unión Europea (UE). Dicho acompañamiento, además de incluir (i) la disposición de recursos de cooperación internacional provistos desde la UE para apoyar el proceso, también incluyó (ii) la estructuración de los términos de referencia para la contratación de los estudios conducentes a la definición de mercados relevantes de telecomunicaciones y la identificación de los mercados relevantes susceptibles de regulación *ex ante*, (iii) la selección de la firma consultora idónea para el desarrollo de estos estudios, y, por supuesto, (iv) la revisión de los entregables suministrados por la firma consultora seleccionada, con la correspondiente solicitud y verificación de ajustes y claridades requeridas en los documento Entregable 1 (INFORME DE PROGRESO) y Entregable 2 (ANÁLISIS DE COMPETENCIA).
- 143.** Sin perjuicio de lo anterior, y con el ánimo de analizar el origen y la evolución del marco regulatorio de la Unión Europea, la tercera sección del INFORME DE PROGRESO (Entregable 1) presenta una revisión general de los orígenes del sistema regulatorio de la UE. Posteriormente, se realiza una revisión del marco regulatorio del año 2002, a través de la definición de mercados relevantes, análisis de mercado, análisis del Poder Significativo de Mercado y adopción de medidas.
- 144.** En ese sentido, conforme a la metodología para la definición de mercados relevantes, identificación de los susceptibles de regulación *ex ante* y de operadores con posición de dominio, plasmada en el numeral 3 del documento INFORME DE PROGRESO (Entregable 1) del referido estudio, es preciso destacar lo siguiente:
- La definición de mercados relevantes a nivel minorista se presenta en la sección 4 del referido INFORME DE PROGRESO (Entregable 1) y se concluye con el listado de mercados minoristas relevantes en la sección 4.3.
 - La definición de mercados relevantes a nivel mayorista se presenta en la sección 4.5 del referido INFORME DE PROGRESO (Entregable 1) y se concluye con el listado de mercados mayoristas relevantes en la sección 4.6.
 - La metodología del análisis de competencia para los mercados relevantes plantea que, para todos los mercados minoristas en los que se identifiquen problemas de competencia, en ausencia de regulación *ex ante*, se sigue la siguiente metodología de análisis:

- Examen del mercado mayorista asociado al insumo menos replicable del mercado minorista con problemas de competencia.
- Si se encuentran problemas de competencia en los mercados mayoristas de los insumos (iniciando por el menos replicable), se examina si el problema de competencia en el mercado minorista (en este caso telefonía móvil) se soluciona a través de regulación *ex ante* en el mercado mayorista del insumo. Si ello sucede, se ha identificado un mercado mayorista sujeto a regulación *ex ante*.
- Si el problema de competencia en el mercado minorista persiste, se avanza con el análisis de los demás eslabones de la cadena de valor.

145. Así puede comprobarse a partir del análisis del Entregable 1 del citado estudio, denominado INFORME DE PROGRESO, que el mismo presenta de forma detallada la metodología para la definición de mercados relevantes, identificación de mercados susceptibles de regulación *ex ante* y operadores con posición de dominio, así como la identificación de los mercados minoristas y mayoristas relevantes de las telecomunicaciones en República Dominicana, la cual ha sido considerada conforme y acogida por este órgano regulador, pues el estudio en cuestión ha integrado las bases y conceptos esenciales a tenerse en cuenta en el proceso de análisis y determinación de los mercados relevantes de telecomunicaciones, tomando en cuenta la comparativa internacional y su evolución local.

146. Adicionalmente, debemos subrayar que, con el fin de darles participación a las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones en el país y a fin de conservar un proceso transparente y donde los interesados puedan tomar parte, fue puesta en consulta pública, en un primer término, la metodología, la identificación de los mercados y el análisis de competencia realizados, a fin de conocer los comentarios al respecto, y dejando para más adelante el conocimiento de las demás partes que componen el mencionado estudio.

147. En consecuencia, son improcedentes y mal fundadas las aseveraciones presentadas por **CLARO** en el sentido de que el estudio **COWI** informa al **INDOTEL** de los mercados susceptibles de ser regulados *ex ante*, por lo que es un error que este órgano regulador los declare como “mercados relevantes sujetos a regulación *ex ante*” en el sector de las telecomunicaciones en virtud de este.

148. Para este órgano decisorio no es posible entender como **CLARO** establece lo anterior si el proceso avanzado por el **INDOTEL** lo único que ha procurado es utilizar todos los medios puestos a su disposición para asegurar un correcto ejercicio de su facultad regulatoria reconocida por el ordenamiento vigente, tal como hemos desarrollado en parte anterior de la presente resolución.

149. El **INDOTEL** como ente regulador de las telecomunicaciones en la República Dominicana es competente para realizar cualquier estudio que entienda necesario para ejercer sus atribuciones y velar por el cumplimiento de la Ley núm. 153-98 y el correcto funcionamiento del sector de las Telecomunicaciones en la República Dominicana.

150. A los fines, el **INDOTEL** puede asistirse de acompañamiento técnico que permita fortalecer la eficiencia y eficacia de los procesos que regula, así como sustentar sus decisiones. Así lo ha contemplado la normativa que rige el accionar de la Administración, la cual en el Párrafo del artículo 27 de la Ley núm. 107-13 establece lo siguiente:

“Las actuaciones para la obtención y tratamiento de la información necesaria para adoptar una decisión bien informada podrán consistir en cualquier medio, como la cooperación, asistencia e intercambio de información con otras administraciones competentes, o las consultas a los expertos. En los términos establecidos en la legislación o en convenios internacionales, podrá recabarse la colaboración informativa de otras agencias y administraciones especializadas de otros Estados, o de organismos internacionales, al objeto de adoptar la decisión mejor informada, al servicio de los intereses generales”

151. Por otro lado, en lo que se refiere al argumento de **CLARO** de que, en la mayoría de los marcos legales aplicables al sector de las telecomunicaciones, las regulaciones son de aplicación *ex post*, debemos destacar que los sectores como el de las telecomunicaciones, con marcada tendencia a configurar posiciones dominantes, están sujetos a regulación *ex ante*, en virtud de dos razones principales: (i) Las normas *ex post*, tienen un objeto limitado, por lo que determinados objetivos solo pueden ser tutelados desde la regulación *ex ante*. En estos casos es necesaria una regulación que configure adecuadamente la posición dominante y garantice derechos de acceso como medio para permitir la competencia en mercados situados aguas arriba y aguas abajo: y, (ii) cuando se requiere una intervención preventiva, como la ordenada por el artículo 178 de la Ley núm. 153-98 anteriormente desarrollado, la regulación *ex ante* es más eficaz para asegurar el mantenimiento de una estructura competitiva del mercado⁸.

152. Es por ello por lo que el ordenamiento que regula el sector de las telecomunicaciones dominicano reconoce ambos tipos de regulación (*ex ante* y *ex post*), las cuales pueden ser aplicadas por el órgano regulador con una relativa intercambiabilidad atendiendo a las necesidades particulares de los distintos mercados de telecomunicaciones. *La promoción positiva de la competencia es tarea de la regulación (ex ante), que resulta más eficaz que las normas generales de defensa de la competencia (ex post) cuando el mercado no tiene una estructura competitiva*⁹.

153. En virtud de lo anterior deben ser desestimadas las anteriormente referidas alegaciones de **CLARO** por improcedentes y carentes de sustento legal.

En respuesta a CLARO sobre violación al principio de interdicción de la arbitrariedad

154. La rigurosidad del estudio adelantado por **COWI** es un asunto previamente evaluado por **INDOTEL**, como Autoridad de orden nacional en materia de regulación de servicios de telecomunicaciones. En complemento, es de señalar que el proceso de contratación y gestión del contrato de ejecución del estudio fueron actividades enteramente realizadas por la Unión Europea, bajo el esquema de **CONTRATO MARCO** “Servicios para la ejecución de la Ayuda Exterior 2018-FWA SIEA 2018”. Por lo tanto, ha sido la misma Unión Europea, en el marco del **CONTRATO MARCO** señalado, el órgano que llevó a cabo la contratación de los servicios especializados de consultoría requeridos para desarrollar el proceso de identificación de mercados relevantes de telecomunicaciones, analizar las condiciones de competencia efectiva y, en función de los hallazgos a que hubiese lugar, determinar el conjunto de mercados susceptibles de regulación *ex ante*.

⁸ Cfr Ob cit Laguna de Paz, José Carlos, págs. 297-299.

⁹ Veljanovski, Cento, “Economic Approaches to Regulation,” en “The Oxford Handbook of Regulation,” Robert Baldwin, Martin Cave, Martin Lodge, Oxford University Press, 2010, págs. 95-96.

155. Conforme a la valoración de los resultados obtenidos en el mencionado proceso de análisis, el **INDOTEL** encontró que el estudio fue desarrollado conforme a lo especificado en los términos de referencia establecidos.

156. **INDOTEL** coincide con lo señalado por **CLARO** en el sentido de plantear que en la revisión de la Recomendación de 2020 de la Unión Europea puede verificarse que los mercados pertinentes (o relevantes) del sector de comunicaciones no quedan sujetos a regulación *ex ante*, sino que solo pueden ser objeto de regulación *ex ante* cuando la autoridad nacional, realiza una evaluación específica del mercado y determina que procede la imposición de una regulación. Al respecto, el **INDOTEL** estima necesario hacer especial claridad en diferenciar el ejercicio de (i) definición de mercados relevantes de aquel que (ii) identifica los mercados relevantes sujetos o susceptibles de regulación *ex ante*.

157. En el primer ejercicio (i) el objetivo es delimitar el alcance de productos y de ámbito geográfico que tienen los mercados de telecomunicaciones en el país, para lo cual se evalúa si, a la luz de las necesidades del consumidor, existen servicios sustitutos entre sí que hagan parte del mismo mercado relevante. El resultado de este ejercicio, tanto para el nivel minorista como mayorista, deriva en el listado de mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana:

i. MERCADOS RELEVANTES MINORISTAS:

- (i) Telefonía Fija; alcance municipal
- (ii) Telefonía Móvil; alcance nacional
- (iii) Acceso a Internet Fijo; alcance municipal
- (iv) Internet Móvil; alcance nacional y
- (v) Televisión por Suscripción; alcance municipal.

ii. MERCADOS RELEVANTES MAYORISTAS:

- (i) Acceso y originación en redes fijas;
- (ii) Terminación de comunicaciones en redes fijas;
- (iii) Acceso y originación en redes móviles;
- (iv) Terminación de comunicaciones en redes móviles;
- (v) Transporte Nacional o portador; y
- (vi) Conectividad al transporte internacional (acceso a cabeceras de cable submarino).

158. En el segundo ejercicio (ii), a partir de los mercados relevantes definidos en el primer paso (i) se adelantan los análisis de competencia en cada uno de dichos mercados. A la luz de la práctica internacional y a la metodología establecida en los términos de referencia del estudio contratado en el marco de la cooperación entre la Unión Europea y el **INDOTEL**, los mercados candidatos para regulación *ex ante* resultan del análisis del cumplimiento de los siguientes tres (3) criterios de manera simultánea (todos los criterios deben satisfacerse al mismo tiempo):

- i. Evaluación del estado actual de las condiciones de competencia de un mercado. Se revisa si existen barreras altas a la entrada y demás elementos que permiten entender las condiciones de competencia actuales del mercado.

- ii. No hay desarrollos que permitan prever la profundización de la competencia en un período razonable de tiempo, que puede ser un periodo de aproximadamente dos años. Para tal fin, se examinará la normatividad vigente, los diferentes desarrollos tecnológicos, las condiciones de entrada al mercado que se prevean en el futuro cercano y la evolución de las condiciones de competencia.
- iii. Se ha establecido que los problemas de competencia del mercado no pueden resolverse mediante la aplicación de herramientas de la política de competencia (*ex post*). Para tal fin, se revisará la normatividad vigente y la experiencia práctica en el tema.

159. Respecto del criterio referido a la aplicación del derecho de la competencia (numeral iii anterior), con el mismo se estudia la efectividad de su aplicación para corregir las fallas de mercado identificadas mediante regulación *ex post*, por lo que considerando la relevancia de dictar medidas regulatorias *ex ante* o de carácter preventivas con un enfoque pro-competitivo, la metodología de análisis de mercados relevantes, como instrumento metodológico a disposición del **INDOTEL** para ejercer intervenciones regulatorias *ex ante* en el mercado, en ningún momento conlleva el análisis del número de sanciones o de decisiones regulatorias *ex post* para identificar la pertinencia o no de dicho criterio sino el nivel de efectividad de la regulación *ex post* para la corrección de la falla de mercado identificada.

d) Violación al principio de buena administración

160. Sobre este particular, **CLARO** indica que la Resolución núm. 098-2021 viola el principio de buena administración, ya que el **INDOTEL** delega en un informe de terceras facultades que en todo caso eran propias del **INDOTEL**. Así mismo, denuncia que se violó el derecho a la tutela administrativa efectiva y el derecho a una motivación adecuada, debido a que el **INDOTEL** delegó funciones que eran propias y no justificó la decisión adoptada. En esa delegación a un tercero de las facultades del **INDOTEL** se ha utilizado una metodología incorrecta para la determinación de los mercados relevantes y no se satisfacen los criterios legales aplicables para definir mercados relevantes en el sector de las Telecomunicaciones en la República Dominicana. El **INDOTEL** restringe arbitrariamente la definición de los mercados a los servicios públicos de telecomunicaciones como resultado de una interpretación injustificada de sus facultades para regular.

161. **CLARO** destaca que, si bien el **INDOTEL** podía apoyarse en un estudio realizado por una firma consultora, la decisión, no debió limitarse a transcribir las conclusiones que realizó dicho estudio. Al hacerlo ha violado el principio de buena administración. La Resolución núm. 098-2021 dedica toda una sección a recoger las críticas realizadas con anterioridad respecto al uso que se le estaba dando al Estudio de **COWI**. Dicha sección titulada “Estudio de **COWI** como insumo, pero no sustento de decisiones regulatorias” recopila las observaciones que agentes como **CLARO** le habían hecho al carácter de conclusión definitiva que el **INDOTEL** le ha estado dando al estudio. No obstante, estas observaciones, la Resolución núm. 098-2021 carece de la implementación de una metodología, de análisis realizado por el regulador y reitera lo anteriormente realizado: se limita a copiar el estudio.

162. En los argumentos expuestos por **CLARO** indica que existió una violación al derecho a la tutela administrativa efectiva y derecho a una motivación adecuada, ya que el **INDOTEL** delegó funciones que eran propias y no justificó la decisión adoptada.

- 163.** No obstante, **CLARO** señala que, el derecho a la tutela administrativa efectiva conlleva consecuentemente a que una vez recibido el Estudio de **COWI** y más aún luego de recibir críticas sobre el mismo el regulador se advocara a ejercer las facultades que indica que tiene de determinación previa de mercados relevantes: lo cual no hizo. El ejercicio de dichas facultades no se limitaba a constatar el resultado del estudio encomendado sino a realizar actuaciones adicionales tales como: (i) requerimientos del estudio de información; (ii) análisis de las conclusiones realizadas; (iii) revaluación de aquellos puntos que el Estudio de **COWI** dejó inconcluso; y (iv) establecimiento de metodologías y procedimientos para la eventual implementación de medidas, entre otros.
- 164.** **CLARO** argumenta que, ya se ha visto que la definición de un “mercado relevante” es una atribución que sólo puede ejercer el **INDOTEL** en las condiciones y para lo dispuesto puntualmente en el artículo 5 inciso d) del Reglamento de Libre y Leal Competencia. Las condiciones para ejercer tal atribución con la consecuencia, inmediata o previsible, de establecer una regulación para un mercado o actividad económica en el sector de telecomunicaciones se vuelven más estrictas, pues en términos del artículo 50 de la Constitución, constituye una limitación al derecho fundamental de la Libertad de Empresa y, por ello, sólo puede ser ejercida por el Estado y el órgano regulador en función de lo que le faculte –o no- a la Ley núm.153-98.
- 165.** Para **CLARO** en lo que respecta al derecho a la debida motivación de las decisiones, el legislador ha querido darle importancia a este derecho de la debida motivación al colocarlo en segundo lugar luego del derecho a la tutela judicial efectiva. La vinculación del derecho a la motivación con el derecho a la buena administración no es propia de la jurisdicción dominicana, Decisiones comparadas ya han establecido la obligación de motivar como un deber derivado de las reglas de la buena administración.
- 166.** Por último, **CLARO** analizó si se cumplió con la debida motivación del acto no deben confundirse los términos de explicación con el de justificación. El primero, la explicación de la decisión implica mostrar cuáles fueron las causas que lo motivaron o los fines que se pretenden alcanzar, justificar conlleva a ofrecer razones de la que se infiere el carácter correcto de esa decisión. El cumplimiento del derecho a la debida motivación implica una justificación adecuada y no un mero recuento de simples hechos que en nada justifican que la decisión es la más adecuada para fines del interés general.

En respuesta a CLARO sobre violación al principio de buena administración

- 167.** Al mejor entender de **CLARO**, la Resolución núm. 098-2021 viola el principio de buena administración porque **INDOTEL** delega en un informe de terceros y viola el principio de tutela administrativa efectiva y derecho a una motivación adecuada.
- 168.** El artículo 3 numeral 22 de la Ley núm. 107-13 establece el Principio de debido proceso, al consagrar que: *“Las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y las leyes, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción”*;
- 169.** El artículo 69 de la Constitución de la República Dominicana, establece que *“Toda persona, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tiene derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con respeto del debido proceso”*. Para robustecer lo anterior, el numeral 10 del citado artículo 69 de la Constitución, reconoce que: *“las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

- 170.** Los artículos 26 y 27 de la Ley núm. 107-13 establecen la necesidad de adoptar decisiones bien informadas y que los interesados participen en el procedimiento de dictado de actos administrativos, lo que ha sido respetado por **INDOTEL**, al cumplir con las formalidades propias de la tutela administrativa efectiva, actuando apegada a su mandato legal en resguardo del derecho de defensa que asiste a los interesados a particular en los procedimientos de dictados de actos señalados por la legislación correspondiente.
- 171.** Resulta cuesta arriba el alegato de **CLARO**, en el sentido, de que la resolución atacada carece de motivación adecuada, en el entendido de que en la Resolución núm. 098-2021 el **INDOTEL** correlaciona los principios, reglas y normas con las premisas lógicas de su decisión para garantizar el debido proceso y la tutela administrativa efectiva.
- 172.** Otro de los argumentos planteados por **CLARO** para atacar la resolución recurrida, consiste en cuestionar la posibilidad de **INDOTEL** de ordenar la preparación del informe para identificar los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establecer los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana.
- 173.** La legislación dominicana aplicable para regir los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, número 107-13, al referirse a la instrucción del procedimiento de dictado de actos, establece en su artículo 26, que *“la Administración ha de adoptar decisiones bien informadas. El procedimiento administrativo constituye el instrumento para la obtención y el tratamiento de la información necesaria para adoptar la mejor decisión de que se trate en cada caso. La Administración de oficio, deberá recabar todas las pruebas necesarias para adoptar la mejor decisión, en resguardo del derecho de los interesados”*.
- 174.** Asimismo, el Párrafo I del mismo artículo robustece esa facultad, al afirmar que: *“Para la adopción de la resolución que proceda en cada caso deberán llevarse a cabo todas las actuaciones de instrucción o investigación que resulten necesarias y, en general, aquellas actuaciones de obtención y tratamiento de la información que sean adecuadas para el fin perseguido. Al órgano que tramite el procedimiento le corresponde apreciar los actos y actuaciones que hayan de practicarse para asegurar una decisión bien informada, sin perjuicio de las que el interesado pueda solicitar o proponer”* (Resaltado de **INDOTEL**).
- 175.** Como se observa, los argumentos de **CLARO** caracterizan un sinsentido jurídico, toda vez que el mismo artículo 27 literal b de la citada Ley núm. 107-13, reconoce que los actos de instrucción o investigación podrán consistir en Informes, análisis, evaluaciones y, en general, estudios, que resulten pertinentes u obligatorios, sean o no vinculantes.
- 176.** Por más, durante el procedimiento de dictado de actos, tanto **CLARO**, como **ALTICE** y todos los demás interesados han participado de manera activa, habiéndoseles incluso extendido plazos para que presenten alegaciones y observaciones oportunas, también han interpuesto recursos en sede administrativa y judicial, asimismo, el **INDOTEL** valora y responde todos sus alegatos y pruebas aportadas durante la sustanciación de este procedimiento, es decir, que todas esas intervenciones forman parte de la tutela administrativa efectiva que ha sido respetada por el **INDOTEL** durante el procedimiento de dictado de actos.

177. Finalmente, es importante recordar que tanto la Resolución núm. 047-2020 como la Resolución núm. 098-2021, hoy atacada en reconsideración, disponen de motivaciones completas, específicas y concretas sobre la facultad constitucional y legal de **INDOTEL** para ordenar la preparación de esos estudios, que incluyen los artículos 3, 10, 77, 91 de la Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, así como el artículo 147 de la Constitución de la República Dominicana.

178. Por tales motivos, es evidente que el alegato presentado carece de base legal, y, por ende, se rechaza.

iii. Argumentos presentados por ALTICE y respuestas del INDOTEL

a) Sobre la ausencia de marco legal para la aplicación de regulación *ex ante*

179. **ALTICE** recuerda que la regulación *ex ante* tiene como finalidad de proteger los derechos frente a vulneraciones y amenazas que no se hayan aún materializado. El Estado, a través de estas busca proteger e intervenir de manera preventiva para evitar una vulneración de derechos. No obstante, como bien indica la referida Resolución, “es necesario respetar las reglas del mercado, lo que implica que *ex ante* solo deben imponerse las mínimas obligaciones necesarias”.

180. Lo anterior es explicado incluso en nuestra doctrina en el sentido de que, nuestro legislador al cambiar la tendencia regulatoria una metodología *ex post* a los fines de “reestablecer el equilibrio jurídico potencialmente vulnerado, con posterioridad a la conducta del agente y con arreglo a las técnicas y los instrumentos propios del derecho común o general” y, de manera específica, en el caso de la preservación de la libre competencia.

181. **ALTICE** indica que, es de fácil identificación que el legislador, en virtud del artículo 92 de la Ley núm. 153-98, la determinación de mercados relevantes no es legítima: (i) porque lo obliga a ajustarse a la regla de mínima regulación y máximo funcionamiento del mercado, y (ii) porque lo limita a decidir en materia de competencia únicamente en los casos en que no exista una que pueda definirse como leal, efectiva y sostenible. El **INDOTEL**, tanto en el Estudio de **COWI**, como en la Resolución hoy recurrida, lo que hace es imponer y extralimitarse en funciones que su potestad pública supera la del legislador.

182. Para **ALTICE**, el principio de mínima regulación como se establece en la doctrina nacional, “no es una disposición optativa o discrecional. El criterio de acción establecido por la ley marco del sector de las telecomunicaciones es obligatorio”. Incluso, el análisis va más allá al explicar que “en el caso de la República Dominicana, la inclusión del principio de la mínima regulación no es casual. El mismo está vinculado estrechamente a otros principios legales de igual trascendencia, tales como la libertad conferida a las prestadoras de servicios para establecer sus precios al público y para acordar entre ellas los términos y condiciones aplicables a importantes relaciones, como la de interconexión de redes. Del conjunto de disposiciones (...) se observa una coherencia en cuanto a la apuesta normativa al mercado competitivo como el mejor mecanismo para alcanzar el bienestar social”.

183. **ALTICE** establece que, el Consejo Directivo expone dentro de la Resolución recurrida que la Ley núm. 153-98 “es muy clara al otorgar directamente facultad al **INDOTEL** para dictar reglamentos, cuyo contenido, como en la especie, no contravenga ninguna disposición de la misma Ley (...)”. Pero es que, en la especie, el principio de mínima regulación y máximo

funcionamiento del mercado establece precisamente que la actividad regulatoria identificadas de mercado, no simples suposiciones o posibilidades. Cabe destacar que en ningún momento tales fallas son evidenciadas por el regulador, ni por el Estudio de **COWI**. En ese sentido, el **INDOTEL** sí está violentando los preceptos de la Ley que indica cuando y como debe intervenir en materia de vigilancia de la competencia del sector, esto es, ante la existencia de prácticas restrictivas de competencia en un determinado mercado.

- 184.** **ALTICE** como prestadora de servicios, podemos aseverar que actualmente el mercado dominicano no muestra déficit de competencia o imperfecciones graves que ameritan una regresión regulatoria de la forma que se plantea en la decisión atacada. Lo cierto es que los propios precedentes regulatorios del **INDOTEL** apuntan en la dirección equivocada a aquella que hoy se desea seguir. Todo estudio serio, coherente y riguroso de mercados relevantes para fines de una eventual regulación *ex ante* pasan por un análisis de la evolución del mercado que se plantea intervenir, iniciando por las razones históricas que dan origen a la conformación o fisonomía actual de dicho mercado. Como todo ejercicio hecho por extranjeros, el Estudio de **COWI** es huérfano de ello y, de hecho, construye supuestos alejados de una realidad muy distinta de aquella que ha vivido el sector.
- 185.** Para **ALTICE** en primer lugar, y lo cierto es que a veces nos resulta cuesta arriba remontarnos a verdades históricas que damos por conocidas por el regulador y su equipo encargado de guiar el trabajo de consultores por ellos contratados, el mercado dominicano es uno que fue liberalizado desde el momento mismo en que se otorgaron títulos habilitantes a empresas competidoras del operador histórico, en los años 1990 y 1992, respectivamente. Bajo esos títulos -y no bajo ningún otro- es que operan hoy en día **ALTICE** y **VIVA**, dos de los tres principales operadores del mercado dominicano. Ni en nuestra Constitución, ni en ley especial alguna existió nunca una barrera o impedimento legal que previniera la entrada de un prestador al mercado dominicano, como sí ocurrió en la mayoría de los países bajos de Europa y Latinoamérica que se han hecho eco de la necesidad de declarar la relevancia de mercados para fines de competencia. La primera razón por la que lo hicieron fue histórica; situación que nunca ha aplicado a la República Dominicana.
- 186.** Lo segundo es que desde el año 1998, la República Dominicana cuenta con un marco sectorial de competencia del sector de las telecomunicaciones que ha tenido una tímida, por no decir casi nula, aplicación. Y esta carencia de precedentes en materia de competencia no es casual. Son escasos porque el mercado dominicano ha sido poblado, en su gran mayoría, por operadores con una reconocida trayectoria de cumplimiento normativo y de impecables credenciales como ciudadanos corporativos ejemplares. En los muy pocos casos en que algún operador ha actuado fuera de la ley y transgredido los principios de la libre y leal competencia, ha sido denunciado por sus competidores o investigado de oficio por el órgano regulador con las facultades de las que dispone.
- 187.** En tercer lugar, las otras conocidas como “barreras de entrada” al mercado no son de la creación de los operadores y, mucho menos, de empresas que, como **ALTICE**, siempre ha luchado por su desmonte o eliminación. Por el contrario, son de la creación del propio Estado, por razones que no vienen al caso criticar o justificar, pero lo cierto es que su efecto no deja de ser mucho más pernicioso que cualquiera de las imperfecciones que pudiese reflejar el mercado dominicano -que no son muchas, O acaso, ¿no es un legislador el Poder Ejecutivo quien ha preñado el sector con altos impuestos, la obligatoriedad de licencias para cualquier emprendimiento por sencillo que sea, y largos tiempos de respuesta solo para ser prestador de servicios públicos de telecomunicaciones? A ello se suma el costoso complejo proceso de

permisología que acompaña el despliegue de infraestructura -única vía posible para aumentar los índices de conectividad del país-, con constantes denuncias de vicios de corrupción en los trámites municipales. Son estas, señores consejeros, las razones por las cuales nuestro mercado puede ser visto como uno de altos costos de instalación de su servicio a prestar; uno que es catalogado de lujoso.

188. **ALTICE** establece que el órgano regulador, en la resolución hoy recurrida, establece que su facultad reguladora le permite intervenir utilizando instrumentos adecuados a la dinámica del sector y haciendo análisis apropiados dentro del contexto de los mercados de telecomunicaciones en el país. La verdad es que el Estudio de **COWI** no responde a una necesidad actual del sector de telecomunicaciones, ni siquiera forma parte de una de las prioridades a resolver dentro del mismo, como tampoco busca responder a intereses de la República Dominicana, sino más bien a los que, en su momento, pareció perseguir la Unión Europea como arma de apertura de los mercados de la Región para que sus empresarios ingresaran a los distintos mercados sur y centroamericanos.

189. Por último, **ALTICE** señala algunas consideraciones adicionales sobre la improcedencia del Estudio de **COWI** y los resultados con los que se pretende variar todo el entramado regulatorio del mercado dominicano. En primer lugar, la práctica internacional apunta en el sentido de que todo ejercicio de consulta pública sobre el tema de mercados relevantes debe realizar por mercado, de manera individual, pues lo aplicado en el caso que nos ocupa incrementa el grado de complejidad del análisis en tanto dificultad la lectura, al combinar en cada caso los elementos de análisis de un mercado a otro.

En respuesta ALTICE sobre ausencia de marco legal para la aplicación de regulación ex ante

190. Se hace necesario señalarle a **ALTICE**, que este órgano regulador tiene la facultad de hacer los diferentes estudios que estime necesarios para asegurar el correcto funcionamiento del sector de las telecomunicaciones en el país. El estudio para la determinación de los mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones fue requerido por el **INDOTEL** y fue gestionado por la Unión Europea con el interés de sustentar y fortalecer el ejercicio de la función reguladora que el ordenamiento jurídico encomienda a este órgano regulador de las telecomunicaciones.

191. En efecto, el **INDOTEL** tiene capacidad legal para supervisar, hacer estudios o análisis del mercado, el ejercicio de este derecho debe de tener una causa y efecto, mismos que están establecidos en la Ley, como lo es detectar barreras de entrada en el acceso a redes y servicios, abusos de posición dominante, competencia desleal y cualquier otra práctica restrictiva o discriminatoria, mismos que a su entender no han sido observados en la resolución objeto del presente recurso.

192. **ALTICE** argumenta que: “A la fecha y gracias al entramado legal y regulatorio que, no en menor medida ha sido promovido por el sector privado, el sector opera con igualdad de reglas para todos. **Se ha escogido, si es el término correcto, escogido por parte del órgano regulador, una regulación ex post** para corregir fallas en el mercado que pudiesen presentarse en algunos submercados, pero jamás pretender, casi 30 años después de la apertura fáctica y liberalización del sector, imponer reglas de juegos que son propias de mercados que recién se abren a la competencia ...”¹⁰ Y agrega:” El **INDOTEL** por más que

¹⁰ Páginas 15 y 16 del Recurso de Reconsideración de ALTICE recibido el 1ro. de diciembre de 2021.

utilice el escudo de “interés general” ... no podrá obviar el texto consagrado en el artículo 92 de la Ley núm. 153-98”¹¹. (**Énfasis del INDOTEL**).

- 193.** Basada en una interpretación histórica de su entendido sobre el concepto jurídico denominado competencia efectiva, que, en opinión de **ALTICE**, existe en el mercado, la prestadora estima ociosa la determinación de mercados relevantes en cualquier circunstancia. Esa postura de **ALTICE** abarca un ataque al ordinal PRIMERO de la resolución ahora recurrida, por lo que se responde de manera independiente.
- 194.** **ALTICE** emite puntos de vista en su instancia recursiva sin que estos vengan acompañados de alguna evidencia que demuestre el entorno de sana competencia que, a decir de esa prestadora, existe en los mercados de la industria de telecomunicaciones de la República Dominicana. Sin embargo, entiende innecesaria la determinación de los mercados relevantes, en el modo en que decide la Resolución núm. 098-2021. La recurrente ataca las decisorias adoptadas por el acto administrativo al considerarlas desfasadas e impropias para solucionar pequeños desvíos que, a decir de **ALTICE**, ocurren en el mercado. Finalmente, argumenta que son las trabas oficiales el mayor escollo que enfrenta desarrollo de los negocios de telecomunicaciones.
- 195.** En un intento de evidenciar esa sanidad, **ALTICE** menciona los escasos precedentes de investigación y sanciones por comisión de prácticas anticompetitivas, promovidas a solicitud de parte o de oficio ante el **INDOTEL** desde que fue dictada la Ley núm. 153-98; así como, un conjunto de barreras oficiales que, desde su perspectiva, han sido el verdadero motivo de un menor desempeño o atractivo para el estímulo a los flujos de inversión.
- 196.** Sin menoscabo de la buena fe comercial que este órgano regulador presume en favor de **ALTICE** y las demás concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, la función reguladora no puede descansar en revisiones históricas particulares sobre el devenir de la industria desde la promulgación de la Ley núm. 153-98; como tampoco en las críticas de **ALTICE** al diseño de ciertas obligaciones administrativas o fiscales vigentes por leyes dictadas por el Congreso Nacional o actos administrativos dimanados de otros poderes del Estado dominicano.¹¹
- 197.** La técnica legislativa para organizar, en sentido general, la función reguladora del **INDOTEL** en materia de defensa a la competencia se encuentra reglada en la Ley núm. 153-98y respaldada por la Ley núm. 42-08, General de Competencia y la Constitución. La *satisfacción de la demanda* en virtud del artículo 3a) ii, *en condiciones de libre competencia* es el mandato que obliga al **INDOTEL**.
- 198.** Para describir tales condiciones y cumplir con sus objetivos de interés público y social, la Ley núm. 153-98 se refiere en sus artículos 3a) ii y 3d) a un conjunto de libertades específicas, en favor de las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. Estas son: libre acceso a redes y servicios públicos en condiciones de transparencia y no discriminación, la libertad de prestación y la libertad de construcción y operación de sistemas y facilidades. Es en ese radio de acción y no el que describe **ALTICE** donde, el **INDOTEL**, a través de sus procedimientos administrativos, puede cumplir con lo comprometido por la Ley núm. 153-98 en favor de la oferta, proveer *condiciones de libre competencia*.

¹¹ Pág. 16 del Recurso de Reconsideración de ALTICE recibido el 1ro. de diciembre de 2021.

- 199.** Ahora bien, el hecho de que existan esas libertades no ha impedido al **INDOTEL** articular un extenso y comprensivo marco complementario formado por reglamentos, normas, planes e informes relacionado con el acceso y la prestación a los servicios; así como, la construcción y la operación de sistemas y facilidades previstos, muchos de ellos ordenados desde la letra de la Ley núm. 153-98.
- 200.** Otros ejercicios normativos se derivaron de la amplia potestad regulatoria del **INDOTEL**, agregándose como resultado de la adecuación de la Ley núm. 153-98 a los tratados internacionales como el **DR-CAFTA**, los cambios tecnológicos o cambios legislativos que imponen nuevas soluciones regulatorias siempre en el marco de la juridicidad. La recurrente **ALTICE** bien conoce que, en virtud del artículo 84, m), este consejo tiene facultad para “tomar cuantas decisiones sean necesarias para viabilizar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley”.
- 201.** La competencia efectiva es un objetivo fundamental de la Ley núm. 153-98. Su artículo 3, e) exige que deberán interpretarse las disposiciones de esa ley para: “Promover la participación en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones de prestadores con capacidad para desarrollar una competencia leal, efectiva y sostenible en el tiempo, que se traduzca en una mejor oferta de telecomunicaciones en términos de precios, calidad de servicio e innovación tecnológica.” Su verificación, mientras la Ley núm. 153-98 se encuentre en plena vigencia, jamás podría considerarse como una práctica administrativa anticuada como aduce **ALTICE**, en su crítica a las decisorias del acto que ha recurrido.
- 202.** Como en toda otra jurisdicción donde la industria de telecomunicaciones se encuentra orientada por los principios de libre y leal competencia, sin que el mercado dominicano amerite alguna política regulatoria diferenciada; la determinación de los mercados relevantes, decisión adoptada por la resolución recurrida, es el indiscutible primer paso ejecutivo para agotar la comprobación de las condiciones legales que configuran la competencia efectiva.
- 203.** Negar la relevancia de ese examen, en tiempos en que existe una práctica general de derecho de la competencia en la jurisdicción dominicana, de rango constitucional, desde la puesta en plena vigencia de la Ley núm. 42-08 y gracias a la reforma constitucional de 2010, resulta inadmisibles. Existen múltiples estudios económicos oficiales locales, así como informes ordenados a peritos por Procompetencia, así como, actos administrativos que instruyen o investigaciones formales en esa agencia, así como también actos sancionadores e incluso instancias judiciales ordenan, contienen o se refieren a informes para la determinación de mercados relevantes de la República Dominicana.
- 204.** En adición a lo anterior, el **INDOTEL** cumple con lo ordenado por la Constitución, la Ley núm. 153-98 y el Reglamento de Libre y Leal Competencia. Llama la atención del **INDOTEL** el comentario de **ALTICE** antes citado que señala: “Como prestadora de servicios, podemos aseverar que actualmente el mercado dominicano no muestra déficit de competencia o imperfecciones graves que ameriten a una regresión regulatoria de forma que se plantea en la decisión atacada.” Al respecto, la prestadora debe recordar que la función reguladora se otorga a través del imperio de la Ley núm. 153-98 y no en base a las aseveraciones de una parte interesada en el proceso en curso.
- 205.** Lejos de afectar la seguridad jurídica o el legítimo derecho de defensa de los agentes económicos que participan del lado de la oferta en esos mercados, incluida la prestadora **ALTICE**, el ejercicio de determinación de mercados relevantes, decisión adoptada por el

ordinal **PRIMERO** de la resolución recurrida, de ningún modo puede considerarse una ejecutoria vetusta como la califica **ALTICE**, sino que corresponde a la aplicación de una metodología de análisis económico y de mercado con amplio reconocimiento de la regulación económica.

- 206.** “La competencia es tutelada por el sistema jurídico, pues tutelándola se garantiza el cumplimiento de la función social de la economía al satisfacer las necesidades presentes y futuras de recursos escasos. Por todo ello, la competencia es un mecanismo que asegura la eficiencia del sistema económico de mercado, deviniendo por esta vía la regla.”¹² La resolución atacada por **ALTICE** es elocuente al explicar que la determinación de mercados relevantes es la primera ejecutoria administrativa indispensable para el **INDOTEL** cumplir con esa dimensión fundamental de su función reguladora.
- 207.** El hecho cierto mencionado por esa prestadora de que el **INDOTEL** no había agotado en el pasado diligencias de oficio para asegurar la competencia efectiva, no constituye un argumento legítimo. En ese sentido, específicamente, **ALTICE** sostiene: “Lo segundo es que desde el año 1998, la República Dominicana cuenta con un marco sectorial de competencia del sector de las telecomunicaciones que ha tenido una tímida, por no decir casi nula aplicación.” Pareciese que la prestadora se apoya en un alejamiento del deber de Buena Administración.
- 208.** El *Principio de Competencia*, un principio activo y fundamental de la Ley núm. 153-98, como explica Echandi Gurdíán, “...es un principio básico de la organización social, pues se especializa en el beneficio del interés público, en asegurar la competencia en el sistema económico de mercado.”¹³ Contrario a lo estima **ALTICE**, la función reguladora debe interesarse en medir la competencia efectiva. En el caso de las jurisdicciones cuyas agencias reguladoras nacionales y sectoriales, que han adoptado esa política de gestión, han recibido por tal motivo, mejores calificaciones de las agencias internacionales que miden la efectividad de las políticas de competencia¹⁴.
- 209.** La competencia efectiva es un concepto jurídico definido en el artículo 1 de la Ley núm. 153-98, no un evento de observación individual desde la perspectiva de la oferta. La disposición reza: “Competencia efectiva: Es aquella que tiene lugar entre dos o más personas, físicas o jurídicas, a fin de servir una porción determinada del mercado mediante el mejoramiento de la oferta en calidad y precio, en beneficio del cliente o usuario.” Afirmar la presunta verificación de su existencia a partir de la opinión de una prestadora, como propone **ALTICE**, resultaría desconocer y negar las potestades esenciales del **INDOTEL**.
- 210.** Por último, contrario a la opinión de esa prestadora, las escasas controversias entre las prestadoras que compiten entre sí, lejos de ser un síntoma inequívoco de libre y sana competencia, como **ALTICE** sugiere, pudiese ser un patrón sintomático de la ausencia de una competencia efectiva. Su defensa a la sanidad de los mercados basada en las pocas denuncias que dice recibe el **INDOTEL** por comisión de prácticas anticompetitivas demuestra un leve examen del análisis económico en la materia.

¹² Echandi Gurdíán, María Lourdes “Derecho Constitucional de la Competencia” Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2021, Pág. 160.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Refiérase a los Examen Inter Pares de la OCDE y el BID, así como a las evaluaciones anuales de Global Competition Review.

- 211.** Las características de las redes de comunicación pueden crear poder de mercado al dar a las empresas el incentivo y la habilidad para llevar a cabo prácticas anticompetitivas¹⁵. En adición, los mercados altamente concentrados donde existen barreras de entrada derivadas de la legislación o la inversión inicial, aunado a un regulador, que, como explica **ALTICE**, ha sobreesido la atención a estos exámenes periódicos pudiesen existir o producirse conductas anticompetitivas.
- 212.** En suma, las apreciaciones ofrecidas por **ALTICE** son insuficientes para reconsiderar la decisión adoptada en lo que respecta al ordinal PRIMERO de la Resolución núm. 098-2021.
- 213.** Por los motivos antes expuestos, y los previamente respondidos a **CLARO** sobre la supuesta ilegalidad del acto atacado y la calificación de reglamento que se da al acto recurrido, también promovidos por **ALTICE**, se rechazan los argumentos de **ALTICE** contra los ordinales PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la resolución recurrida, en el sentido de que el **INDOTEL** carece de las facultades legales para el dictado de la resolución núm. 098-2021.

b) Sobre la falta de elementos a considerarse en materia de competencia

- 214.** El mercado relevante es definido en el Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las Telecomunicaciones como “la convergencia de productores y consumidores en una determinada área geográfica tomada en cuenta: a) la posibilidad de sustitución, en términos de tiempo y costo del bien o servicios, por otros bienes o servicios nacionales; b) la posibilidad de sustitución del bien o servicio por otros bienes o servicios importados; c) la posibilidad de los usuarios o proveedores de bien o servicio de disponer de fuentes actuales o potenciales de oferta y o demanda alternativas de bienes o servicios idénticos o sustitutos; d) los costos de transporte y otros costos de transacción atribuibles al acto de obtener el bien o servicio en otra localidad; e) la existencia y efectos de restricciones al comercio nacional originadas en normas jurídicas nacionales o extranjeras que limiten el acceso de los compradores a proveedores alternativos de bienes y servicios sustitutos o el acceso de vendedores a compradores alternativos de bienes y servicios sustitutos”.
- 215.** Aseguran que el Estudio **COWI** no hace un análisis de sustituibilidad de servicios como el que requiere el reglamento del propio **INDOTEL** en la Resolución recurrida, como tampoco evalúa los costos en otras localidades o la existencia de restricciones al comercio nacional que efectivamente son originadas en la normativa nacional vigente. En este tenor pretenden recordar al Consejo Directivo que la doctrina ha establecido que el mercado se comprende por “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ello.
- 216.** **ALTICE** establece que la doctrina internacional ha ido más allá y ha establecido que “desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.

¹⁵ Barra Americana de Abogados, Telecom Antitrust Handbook, Sección de Derecho de la Competencia, Chicago, EUA, 2005, Pág. 5.

- 217.** Alegan que sorprende que el trabajo realizado por **COWI**, se destaca la oferta de servicios de telefonía a través de internet en ocasiones gratuita o a precios considerablemente bajos, que implican la existencia de diferentes servicios, los cuales están disponibles para cualquier usuario con acceso a dispositivos con servicio de internet. Se ignora dentro del mercado relevante que estos servicios de datos han impactado la demanda porque utilizan plataformas gratuitas de llamadas sustituyendo la de voz por llamadas en red de datos. Alegan que el Consejo Directivo no logra explicar en la resolución porque **COWI** no tomo en cuenta la elevada tasa de sustitución de llamadas de distintas operadoras por llamadas a través de aplicaciones Over The Top (OTT), como WhatsApp, que erosionan la principal fuente de ingresos del sector.
- 218.** Expresan que esta sustituibilidad, al no tomarse en cuenta, tiene como consecuencia que no se refleje en el estudio de **COWI** la realidad de que las aplicaciones OTT han impactado negativamente la rentabilidad de las operadoras como **ALTICE**.
- 219.** De acuerdo con **ALTICE**, la perspectiva del estudio **COWI** se basa en la participación de mercado que tiene cada operadora lo que la obliga a llegar a resultados inconclusos como, por ejemplo, no se puede afirmar de manera categórica que la rivalidad entre los diferentes operadores que participan en el mercado, con sus respectivas estrategias, haya generado beneficios a los usuarios. Afirmaciones como la anterior, que producen un contra sentido, obligan entonces a ese Consejo Directivo a reconocer que “la participación de mercado no es una medida perfecta para aproximarse (...) al nivel de competencia de un mercado. Y es por ello por lo que afirmamos que el razonamiento del **INDOTEL** en la especie es deficiente en tanto (i) establece el mercado relevante sobre serias e importantes incongruencias; (ii) sustenta un enfoque arbitrario de argumentos; (iii) se basa en una percepción errónea y limitada sobre el marco legal vigente; (iv) no se evidencia que se haya realizado estudio alguno de sustituibilidad; y, por consiguiente, los resultados presentados del insumo utilizado son altamente refutables.
- 220.** Expresan que el **INDOTEL** no ha realizado análisis propios más allá de aquellos que ha copiado de otras decisiones en materia de cargos de interconexión y que ya hemos demostrado están plagados de errores. Y que el consejo Directivo justifica la legalidad de su intervención en el mercado, pues de esto se trata, de una intervención, ha perdido de vista dos elementos fundamentales; y otra no menos importante, sobre el comportamiento competitivo de los agentes económicos.
- 221.** Aseguran que la Resolución núm. 098-2021 carece de todo rigor metodológico al momento de realizar un verdadero análisis de competencia en los mercados que pretende intervenir.

En respuesta a ALTICE sobre la falta de elementos a considerarse en materia de competencia

- 222.** Sobre similares consideraciones este Consejo Directivo se ha pronunciado en parte anterior de la presente resolución, las cuales reiteramos en respuesta a las antes referidas alegaciones presentadas por **ALTICE**.
- 223.** El **INDOTEL** como ente regulador de las telecomunicaciones en la República Dominicana es competente para realizar u ordenar cualquier estudio que entienda necesario para ejercer

sus atribuciones y velar por el cumplimiento de la Ley núm. 153-98 y el correcto funcionamiento del sector de las Telecomunicaciones en la República Dominicana.

224. El **INDOTEL** reitera que la metodología implementada para la definición de los mercados relevantes de telecomunicaciones en la República Dominicana se inscribe dentro de las mejores prácticas internacionales observadas en dicha materia, en particular lo acogido por la Unión Europea. Es de señalar que los marcos regulatorios de la Unión Europea son un referente a nivel internacional en el sector de telecomunicaciones. Además, el estudio para la “Identificación de los Mercados Relevantes sujetos de regulación ex ante en el Sector de las Telecomunicaciones de la República Dominicana” contratado con la firma **COWI** se inscribe dentro del proyecto adelantado de manera conjunta entre **INDOTEL** y la Unión Europea, denominado “Facilidad de Cooperación Técnica No. FED/2018/041-541”, cuyo objetivo general es apoyar la implementación de las políticas y estrategias de desarrollo de la República Dominicana.

225. En consecuencia, los resultados de dicho estudio responden en su totalidad a los términos de referencia establecidos por **INDOTEL** y la Unión Europea, para la elaboración de los análisis conducentes a la identificación de los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones de la República Dominicana, así como los posibles riesgos de abuso de las posiciones de dominio en dichos mercados y los efectos que podrían tener en el logro de una competencia efectiva.

226. El **INDOTEL** estima pertinente recordar que, efectivamente, la metodología de definición de los mercados relevantes de telecomunicaciones en República Dominicana descansa sobre los ejercicios de estimación de funciones de demanda para los servicios analizados, y, por lo tanto, el análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda fue cabalmente ejecutado, a partir de la información disponible por la esta Autoridad Regulatoria.

227. Si bien el uso de **OTT** ha crecido con rapidez, y probablemente seguirá creciendo, no se evidencia que altos niveles de cambio sean posibles (en respuesta a un SSNIP) dentro del plazo del proceso regulatorio que se discute. Estas conclusiones están en línea con diversas fuentes que sugieren que es poco probable que las aplicaciones **OTT** sustituyan los servicios tradicionales de voz en el corto a mediano plazo. Por ejemplo:

- En su reporte para la Comisión Europea, después de considerar proyecciones de uso de **OTT** VoIP para España, Italia, Alemania, Francia y el Reino Unido hasta el 2020, Ecorys concluye que “no se espera que **OTT** se convierta en un mayor sustituto de servicios tradicionales **TELCO**, especialmente no en términos de ingresos”.
- En un reporte de investigación sobre voz móvil y mensajería, Analysys Mason concluye que hasta ahora “los servicios **OTT** han tenido su impacto más grande en el mercado de mensajería; la voz ha sido relativamente indemne” y que, aunque los operadores no deben ser complacientes, “los servicios de voz móvil estas (sic) más a salvo de la sustitución que sus contrapartes de mensajería”.¹⁷
- La **OCDE** también concluye que “para algunos servicios, puede parecer que los usuarios pueden cambiarse a servicios over-the-top (**OTT**) que no tienen acuerdos tradicionales de interconexión” pero en “telefonía tradicional, sin embargo, parece poco probable que los cargos de acceso sean evitados en el corto plazo”¹⁸.

228. En conclusión, el **INDOTEL** no evidencia que los servicios **OTT** se convertirán en una restricción suficiente en el corto y mediano plazo. Esto está en línea con visiones expresadas

por otras entidades regulatorias tales como la Comisión Europea, la **OECD** entre otros. Sin embargo, esta Autoridad continuará monitoreando la evolución e impacto de los **OTT** en mercados de telecomunicaciones para determinar el nivel de intervención requerido cuando las condiciones así lo ameriten.

c) Sobre la admisión de COWI de insuficiencia de información

229. ALTICE, se refiere a lo relativo al tema de la información que fue resaltado por más de un participante en el proceso de consulta pública y admitido por el propio **INDOTEL** en la resolución atacada. Indican que les es de difícil comprensión cómo los “consultores” de **COWI** pudieron llegar a conclusiones tan definitivas y recomendaciones tan trascendentales para el sector, cuando a lo largo de su trabajo hacen señalamientos referentes a: (i) problemas con la información reportada por los operadores; (ii) no se cuenta con información histórica de precios y tipo de plan por suscripción; (iii) entre un período y otro no todas las empresas reportan información; (iv) a nivel municipal no encuentran información disponible con líneas de telefonía IP; o (v) la información de precios en el mercado es limitada.

230. ALTICE hace referencia a que un tema de tanta trascendencia no debe ser soslayado con las afirmaciones del regulador en el sentido de que esta era la información disponible porque es lo que los requerimientos de información histórica han agregado o que los operadores no cooperaron. En lo que respecta a la exponente, alegan haber cumplido siempre en calidad y plazo con los requerimientos recibidos del regulador cuando se trata de construir políticas públicas razonables y ceñidas a la legalidad. Y que sea cual fuere la razón de la falta de información, no es coherente pretender aplicar medidas fundamentándose en un estudio que, en sí mismo afirma que basa sus hallazgos en inconsistencias y en informaciones deficiente, considerablemente limitada e incompleta. Afirman que, si los consultores realmente deseaban entregar un producto útil para el **INDOTEL** y no un esquema secuencial de pasos sobre la declaración de no competencia en determinados mercados, lo primero que debieron recomendar fue la necesidad de levantar información adicional y complementaria.

231. Asimismo, **ALTICE** estima que leer realidades como que el Estudio **COWI** no cubre o analiza el impacto de aquellos operadores irregulares que no que no reportan sus usuarios o el mercado gris de prestación de servicios es ignorar la existencia de realidades del mismo mercado que se pretende reglamentar, perpetuando la afectación de esta situación a las demás prestadoras y al mismo Estado. En consecuencia, el análisis no refleja insumo alguno sobre la informalidad en el mercado y la cantidad de accesos no reportados, lo que daría una visión real del mercado y permitiría que **COWI** realice recomendaciones coherentes que sí podrían servir al sector.

En respuesta a ALTICE sobre la admisión de COWI de insuficiencia de información

232. INDOTEL reitera que, si bien la información recopilada no es completa, esto no invalida en forma alguna los análisis desarrollados, toda vez que los datos y la información estadística con la que se adelantaron los estudios fue aquella de la que dispone esta Autoridad a efectos de caracterizar la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en los mercados relevantes definidos.

233. Sin perjuicio de lo anterior, el **INDOTEL** estima importante destacar que la expedición reciente de la Resolución núm. 026-2021, “Norma que regula los indicadores estadísticos del

sector de telecomunicaciones de la República Dominicana” y que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2022, tiene como fin fortalecer la disponibilidad de información y el acervo estadístico relativo a distintas variables que caracterizan la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el país, también contribuirá en el monitoreo y revisión periódica de las condiciones de competencia existentes en los mercados relevantes definidos por esta Autoridad en la parte resolutoria de la Resolución núm. 098-2021.

234. INDOTEL aclara que todos los análisis adelantados han sido desarrollados en función de la información que los operadores formales de estos servicios han reportado a esta Entidad. En complemento, el proceso regulatorio que se discute con el sector propende por el logro de objetivos macro para el buen desarrollo y prestación eficiente de los servicios de telecomunicaciones en el país, promoviendo la sana y libre competencia entre los operadores, así como maximizar el bienestar de los usuarios. Tales derroteros requieren la formulación de directrices regulatorias que se enmarquen en la normatividad vigente y que consideren las actividades propias de los operadores legalmente constituidos que cumplen con todas las obligaciones de ley aplicables a sus actividades.

235. Sin perjuicio de lo anterior, este Consejo Directivo estima pertinente recordar que, en el marco de las competencias que ostenta como Autoridad de regulación, vigilancia y control en el sector de las telecomunicaciones, ha venido adelantado acciones para vigilar y sancionar prácticas ilegales y continuará reforzando la lucha contra la ilegalidad.

IV. Textos Vistos

VISTA: La Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015;

VISTA: La Ley sobre Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública y de procedimiento administrativo, núm. 107-13, del 6 de agosto de 2013, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Ley Orgánica de Administración Pública, núm. 247-12, del 9 de agosto de 2012, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Ley General de Telecomunicaciones, núm. 153-98, de 27 de mayo de 1998, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04, 28 de julio de 2004, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Ley General de Defensa de la Competencia, núm. 42-08, del 25 de enero de 2018, en sus disposiciones citadas;

VISTO: El Reglamento de Libre y Leal Competencia, dictado mediante resolución del Consejo Directivo núm. 022-05, del 24 de febrero de 2005;

VISTO: Los entregables presentados por **COWI** en las diferentes etapas del estudio con sus anexos;

VISTO: El Recurso de Reconsideración presentado por **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A., (CLARO)**, vía correspondencia núm. 229482 de fecha 19 de noviembre de 2021;

VISTO: El Recurso de Reconsideración presentado por **ALTICE DOMINICANA S. A., (ALTICE)**, vía correspondencia núm. 229951 de fecha 1 de diciembre de 2021;

VISTAS: Las demás piezas que integran el presente expediente administrativo concerniente a los recursos de reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A., (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A., (ALTICE)** contra la resolución del Consejo Directivo núm. 098-2020 que identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana.

V. Parte Dispositiva

EL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL), EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES LEGALES Y REGLAMENTARIAS,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR bueno y válido, en cuanto a la forma los Recursos de Reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**, contra la Resolución del Consejo Directivo núm. 098-2021 que identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana de fecha 7 de octubre de 2021.

SEGUNDO: En cuanto al fondo, **RECHAZAR** los Recursos de Reconsideración interpuestos por las prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S. A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**, en contra de la resolución núm. 098-2021, de fecha 7 de octubre de 2021, que identifica los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados del sector de las telecomunicaciones y establece los mercados relevantes sujetos de regulación *ex ante* del sector de las telecomunicaciones en la República Dominicana, por carecer de fundamento, toda vez que el **INDOTEL** cuenta con atribuciones legales y reglamentarias para aplicar regulación preventiva o de carácter *ex ante*, previa determinación de los mercados relevantes del sector de las telecomunicaciones y el análisis de las condiciones de competencia de los mismos, a los fines de identificar si existen prácticas o condiciones estructurales que impidan o limiten la existencia de una competencia efectiva y sostenible; por lo que la Resolución núm. 098-2021 ha sido emitida conforme a derecho y cumpliendo con todas las disposiciones y principios aplicables.

TERCERO: ORDENAR a la Dirección Ejecutiva la notificación de la presente resolución a las partes recurrentes **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, S.A. (CLARO)** y **ALTICE DOMINICANA, S. A. (ALTICE)**.

CUARTO: DISPONER la publicación de la presente resolución en la página web que mantiene esta institución en la red de Internet en cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Libre Acceso a la Información Pública, núm. 200-04 y su Reglamento de Aplicación.

Así ha sido aprobada, adoptada y firmada la presente resolución, por mayoría de votos del Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (**INDOTEL**); en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día trece (13) del mes de enero del año dos mil veintidós (2022).

Firmada por:

Nelson Arroyo
Presidente del Consejo Directivo

Darío Rosario Adames
Miembro del Consejo Directivo

Príamo Ramírez Ubiera
Miembro del Consejo Directivo

Julissa Cruz Abreu
Directora Ejecutiva
Secretaria del Consejo Directivo